



UniCEUB – Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento
Programa de Mestrado em Direito

Humberto Cunha dos Santos

A atividade de geração de energia elétrica concebida segundo as regras de mercado: o caso da
Usina Hidrelétrica Jirau

Brasília
2012

Humberto Cunha dos Santos

A atividade de geração de energia elétrica concebida segundo as regras de mercado: o caso da
Usina Hidrelétrica Jirau

Dissertação apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de Mestre em Direito do Programa
em Direito do Centro Universitário de Brasília.
Orientadora: Prof^a. Dr^a. Neide Teresinha Malard.
Co-orientador: Prof. Dr. Roberto Freitas Filho.

Brasília

2012

Santos, Humberto Cunha dos.

A atividade de geração de energia elétrica concebida segundo as regras de mercado: o caso da Usina Hidrelétrica Jirau. Brasília: o autor, 2012.

157 f.

Dissertação apresentada para obtenção do grau de Mestre em Direito do Programa em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Prof^a Dr^a Neide Teresinha Malard.

Co-orientador: Prof. Dr. Roberto Freitas Filho.

Humberto Cunha dos Santos

A atividade de geração de energia elétrica concebida segundo as regras de mercado: o caso da
Usina Hidrelétrica Jirau

Dissertação apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de Mestre em Direito do Programa
em Direito do Centro Universitário de Brasília.
Orientadora: Prof^a. Dr^a. Neide Teresinha Malard.
Co-orientador: Prof. Dr. Roberto Freitas Filho.

Brasília-DF, de de 2012.

Banca Examinadora:

Prof^a. Dr^a. Neide Teresinha Malard
Orientadora

Prof. Dr. Roberto Freitas Filho
Co-orientador

AGRADECIMENTO

Meus agradecimentos ao Uniceub e à ANEEL, instituições que me propiciaram condições para conclusão dessa etapa da vida.

Aos servidores da ANEEL, pela troca de percepções durante a escrita da dissertação, especialmente aos especialistas em regulação, Romário Batista e Aymoré de Castro. Aos profissionais do Direito que atuam com a matéria, particularmente ao advogado Guilherme Baggio, pelas críticas e considerações. Aos colegas de mestrado e professores do Uniceub, Paulo Palhares, Zeca Velloso, Álvaro Castelo Branco, Júlio César, Humberto Moura, Marcus Vinícius, Luciano de Medeiros, Gustavo Rocha e Karla Margarida, pelo convívio e auxílio na jornada.

Aos demais alunos do mestrado, especialmente à Lara e Thalita, pelas boas horas compartilhadas.

Aos Professores do mestrado, pela excelência das aulas e profícuas discussões.

Aos funcionários do Uniceub, especialmente à Marley pela seriedade e competência.

Ao Professor Roberto Freitas, pelo exemplo e pela facilidade em transmitir conhecimento.

À Professora Neide Malard, por ter tornado possível a conclusão deste trabalho, com sua dedicação e seriedade à docência.

Ao Hélvio Guerra, por me possibilitar aprender ao seu lado no meu dia a dia.

Aos meus amigos e familiares, pelo indispensável suporte.

À Maggie, por tudo.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho consiste em justificar a adoção da perspectiva teleológica em preferência à formal-legalista para implementação da política pública de geração de energia elétrica no país. Parte-se da premissa que a adoção de uma estruturação de mercado para regência da atividade, a partir das reformas liberalizantes implementadas no país na década de 1990, exige um método jurídico capaz de lidar com essa realidade. Essas reformas liberalizantes, contudo, não alteraram a caracterização da atividade de geração enquanto serviços públicos, mas demandam uma perspectiva do intérprete voltada a maximizar os comandos amplos previstos pelas normas. Postula-se que o sentido da norma seja extraído a partir da adoção do método do Direito Econômico, caracterizado pela importância conferida à racionalidade econômica enquanto elemento explicativo do sentido das condutas praticadas no meio. Como forma de se atingir esse objetivo, são analisadas as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a ação declaratória de constitucionalidade do programa de racionamento de energia elétrica e a decisão da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) sobre a mudança de localização da usina hidrelétrica Jirau. No primeiro caso, o relator da ação junto ao STF propôs uma perspectiva formal-legalista para resolução da lide. No segundo, a ANEEL se valeu da perspectiva teleológica para aceitar a mudança proposta.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO ECONÔMICO. REGULAÇÃO. ENERGIA ELÉTRICA. MERCADO.

ABSTRACT

The present paper's goal consists in justifying the adoption of a teleological perspective as opposed to one that is formal-legalist for the implementation of the Brazilian public policy pertaining to the generation of electric power. The main premise is that the adoption of a market-like structure for the activity's regulation, having as a starting point the liberalizing reforms implemented in the country's legislation in the 90's, demands a legal method capable of dealing with this reality. These liberalizing reforms, however, did not modify the characterization of the generating activity as a public service, but currently demand an alteration of perspective from the interpreter's viewpoint in the sense of optimizing the broad commands provided by the applicable norms. It is thus claimed that the norm's meaning should be extracted from the method supplied by the Law and Economics approach, which is characterized by the importance given to economic rationality as an explicative element of the market-like behaviors' significance. As a means to achieve this paper's goal, a ruling of the Brazilian Supreme Court regarding the subject matter in question, as well as a decision taken by the Brazilian Electric Power Agency (ANEEL), have been analyzed. In the first case, the proceeding questioned the constitutionality of the government's power rationing policy, and the second one dealt with the changing of Jirau hydropower plant's location. In the former case, the reporting justice proposed a legal-formalist solution for the dispute, whereas in the latter the Brazilian Electric Power Agency (ANEEL) employed a teleological perspective, in order to accept the suggested alteration.

KEYWORDS: LAW AND ECONOMICS. REGULATION. ELECTRIC POWER. MARKET.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACL – Ambiente de Contratação Livre
ACR – Ambiente de Contratação Regulada
ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica
BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CCEAR – Contrato de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado
CHESF – Companhia Hidrelétrica do São Francisco
CRC – Conta de Resultados a Compensar
ELETROBRAS – Centrais Elétricas Brasileiras S.A.
ELETRONORTE – Centrais Elétricas Norte do Brasil S.A.
ELETROSUL – Centrais Elétricas Sul do Brasil S.A.
EPE – Empresa de Pesquisa Energética
ESCELSA – Espírito Santo Centrais Elétricas S.A.
PDE – Plano Decenal de Expansão de Energia
PIE – Produtor Independente de Energia Elétrica
PND – Plano Nacional de Desestatização
PPA – *Power Purchase Agreement*
RE-SEB – Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro
RGR – Reserva Global de Reversão
SIN – Sistema Interligado Nacional
SPE – Sociedade de Propósito Específico
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
UHE – Usina Hidrelétrica

Sumário

Introdução	11
Capítulo 1. A política pública de geração e sua estruturação condizente com as regras de mercado	16
1.1. O Ambiente de Contratação Regulada (ACR)	17
1.2. O Ambiente de Contratação Livre (ACL)	19
1.3. Os regimes jurídicos de geração de energia elétrica.....	20
1.3.1. O Produtor Independente de Energia Elétrica (PIE)	22
1.3.1.1. Liberdade, riscos e preços em regimes competitivos: elementos fundamentais do regime jurídico do PIE.....	28
Capítulo 2. Privatização, desestatização e a compreensão da geração de energia elétrica enquanto serviço público	44
2.1. Privatizações e desestatizações.....	44
2.2. O modelo estatal vigente até a década de 90	47
2.3. O Programa Nacional de Desestatização (PND)	51
2.4. A noção de serviços públicos	55
2.4.1. A energia elétrica.....	62
2.4.1.1. Desapropriação e encampação.....	70
Capítulo 3. A perspectiva privilegiada do Direito Econômico.....	78
3.1. A análise caso a caso	78
3.2. O método do Direito Econômico.....	80
3.3. A lógica de funcionamento dos mercados	88
3.3.1. Mecanismo dos preços	92
3.3.1.2. O lado da demanda	94
3.3.1.2. O lado da oferta	96
3.3.2. Os custos de transação	97
Capítulo 4. O racionamento de energia elétrica em 2001 e o julgamento do Supremo Tribunal Federal	100
4.1. O racionamento de energia elétrica de 2001	100
4.2. O julgamento da ADC nº 09/06.....	102
4.2.1. O resultado do julgamento.....	109
4.2.2. A inexistência de perspectiva teleológica apresentada pelo relator da ação: a curva de possibilidade de produção.....	110
Capítulo 5. O leilão da usina hidrelétrica Jirau no rio Madeira.....	114
5.1. O leilão da UHE Jirau.....	114
5.2. Os embates na Imprensa, Justiça e junto ao Congresso Nacional, por intermédio do Tribunal de Contas da União	119
5.2.1. O aproveitamento ótimo	125

5.2.2. O objeto do certame: comercialização de energia, viabilizado por meio da Usina Hidrelétrica Jirau	131
5.3. Conclusão sobre o caso Jirau.....	141
Conclusão	144
Referências bibliográficas	148
Artigos de jornais	156

Introdução

A prática do Direito é argumentativa. Talvez seja essa a característica mais marcante da ciência jurídica. A conclusão acerca de se uma conduta mostra-se condizente ou não com a ordem jurídica depende da consistência de um juízo interpretativo formado a partir da análise da situação posta ante as prescrições estabelecidas pela ordem jurídica. Essa operação cognitiva se perfaz por intermédio da linguagem e depende fundamentalmente da solidez das premissas eleitas¹.

Dworkin salienta que as verdadeiras divergências jurídicas ocorrem nos fundamentos do Direito², uma vez que são esses os alicerces das compreensões jurídicas elaboradas. Estruturados em verdadeiros silogismos, são os fundamentos do Direito que permitem postular qual é o melhor entendimento jurídico acerca do caso submetido a análise.

O atributo de veracidade das compreensões a que chegam os operadores do Direito só pode ser vindicado, portanto, a partir da análise do sentido atribuído às proposições que estruturam uma dada conclusão jurídica.³ Hans Kelsen chama atenção para o fato de que o Direito se concretiza por intermédio de atos de criação e aplicação que perpassam, em maior ou menor grau, por todas as etapas do processo interpretativo delimitador do alcance da norma. Não há etapa de criação absoluta do Direito que não encontre limitação de algum grau no ordenamento. O mesmo deve ser dito em relação à aplicação do Direito, pois nunca se

¹ O processo interpretativo, enquanto prática subjetiva, não é imune às preocupações e objetivos propostos pelo intérprete para a solução do caso concreto. Marx ressalta a indisponibilidade da história no agir humano. “Os homens fazem sua própria história, mas não a fazem como querem; não a fazem sob circunstâncias de sua escolha e sim sob aquelas com que se defrontam diretamente, legadas e transmitidas pelo passado.” MARX, Karl. O 18 Brumário e cartas a Kugelmann. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 21.

² É possível distinguir duas maneiras pelas quais advogados e juízes poderiam divergir a propósito da verdade de uma proposição jurídica. “Eles poderiam estar de acordo sobre os fundamentos do direito – sobre quando a verdade ou falsidade de outras proposições mais conhecidas torna uma proposição jurídica específica verdadeira ou falsa –, mas poderiam divergir por não saberem se, de fato, aqueles fundamentos foram observados em um determinado caso.” (...) A partir daí, podem-se ter duas divergências. A divergência empírica sobre o Direito: é uma divergência de fatos – “quase nada tem de misteriosa”. Mas a divergência teórica no Direito, a divergência quanto aos fundamentos do direito, é mais problemática. Mais adiante, neste capítulo, veremos que advogados e juízes têm, de fato, divergências teóricas. DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 7-8.

³ “Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma; a prática consiste, em grande parte, em mobilizar e discutir essas proposições.” *Ibidem*, p.17.

trata, efetivamente, de pura aplicação, havendo sempre espaço reservado à criação do sentido que se busca atribuir à norma⁴.

Desse modo, qualquer propósito voltado a aferir a correção de uma decisão jurídica deve ser feito a partir de sua fundamentação e não por uma falsa pretensão que procure atribuir a ela apenas um sentido possível. Daí o porquê de a obrigatoriedade de todas as decisões judiciais serem fundamentadas consistir em uma das garantias mais importantes reservadas ao cidadão (art. 93, IX da CF/88), justamente por permitir a identificação das razões legitimadoras do poder judicante.

Na seara da regulação é comum o intérprete se deparar com normas enquanto “molduras”, capazes de encerrarem em si diversas possibilidades de execução.⁵ Nesse sentido, Kelsen destaca a importância de a “interpretação desenvolver um método que possibilite preencher acertadamente a moldura verificada”, pois, “sob a ótica do direito positivo não existe critério pelo qual uma das dadas possibilidades de aplicação da norma possa ser preferida à outra”⁶.

Essa caracterização do Direito se revela problemática quando os encarregados de implementar os preceitos jurídicos não a percebem-na, dando execução ao comandos normativos sem conferirem atenção necessária ao método jurídico que a suporta.

⁴ “O direito, no caminho que percorre desde a Constituição até os atos de execução material, não pára de se concretizar. Enquanto a Constituição, a lei e o decreto são normas jurídicas gerais, a sentença e o ato administrativo constituem normas jurídicas individuais.

A liberdade do legislador, que só está subordinado à Constituição, submete-se a limitações relativamente fracas; seu poder de criação permanece relativamente grande. A cada grau que se desce, a relação entre liberdade e limitação se modifica em favor do segundo termo: a parte da aplicação aumenta, a da livre criação diminui.” KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Martins Fontes: São Paulo, 2003, p. 126.

⁵ Segundo Kelsen, “a norma a ser executada, em todos esses casos, [norma como moldura dentro da qual há várias possibilidades de execução] forma apenas uma moldura dentro da qual são apresentadas várias possibilidades de execução, de modo que todo ato é conforme a norma, desde que esteja dentro dessa moldura, preenchendo-a de algum sentido possível. Entendendo-se por ‘interpretação’ a verificação do sentido da norma a ser executada, o resultado desta atividade só pode ser a verificação da moldura, que representa a norma a ser interpretada e, portanto, o reconhecimento de várias possibilidades que estão dentro desta moldura.” KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad.: José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 6ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 150.

⁶ “Apresenta, assim, o processo dessa interpretação de maneira tal que parece tratar-se de um ato intelectual que a esclarece e compreende, como se o intérprete só pusesse em ação sua compreensão e não sua vontade, e como se através de uma compreensão pura se pudesse ter, entre as possibilidades existentes, uma correspondente ao direito positivo, no sentido de que se pudesse encontrar uma escolha certa de acordo com o direito positivo. Sob a ótica do direito positivo não existe critério pelo qual uma das dadas possibilidades de aplicação da norma possa ser preferida à outra. Simplesmente não existe – caracterizável como juspositivo – um método, relativamente ao qual, dentre os vários significados lingüísticos de uma norma, só se possa salientar um como ‘correto’; naturalmente se se tratar de muitas interpretações possíveis, isto é, em concordância com todas as outras normas da lei ou do ordenamento jurídico. Apesar de todos os esforços da doutrina jurídica tradicional, até hoje não se conseguiu resolver o conflito entre vontade e expressão de maneira objetivamente válida a favor de uma ou de outra. Todos os métodos de interpretação desenvolvidos até agora só conduzem a um possível, jamais a um único resultado justo.” *Ibidem*, p.151.

Dentre as formas de execução dos comandos normativos, pelo menos duas podem ser adotadas levando-se em conta suas características gerais. Uma é apresentada com acepção formal-legalista, assentada na interpretação e aplicação dos comandos legais pelo processo típico de subsunção, com sentido atribuído aos fenômenos regulados e aos conceitos semânticos contidos na norma a partir de definições dadas pelo campo jurídico. Preocupações sobre quais resultados essas interpretações jurídicas poderão produzir no meio social são tidas usualmente como irrelevantes, sendo privilegiados institutos e conceitos caracterizados como exclusivamente jurídicos. Outra forma de execução, de caráter mais teleológico, extrai o sentido da norma a partir dos limites possíveis para a tomada de decisão, buscando privilegiar a maximização de objetivos previamente fixados pela norma. Há, nesse agir, preocupação com o impacto que as decisões jurídicas provocarão no meio regulado e procura-se aproximar o enfoque jurídico ao de outras ciências sociais, sobretudo a econômica, como forma de se extrair o sentido atribuído aos comandos normativos e aos fenômenos regulados. Ambas as perspectivas são capazes de fundamentar decisões jurídicas em diversos sentidos e resultados.

Em razão da atividade de geração ser regida por regras de mercado, com predominância de preceitos abertos, tidos como verdadeiras “molduras” normativas, tem-se por hipótese de pesquisa que a perspectiva teleológica se mostra mais capacitada que a perspectiva formal-legalista para concretizar os objetivos dispostos na política pública de geração de energia no país.

Pretende-se, a partir da discussão dos enunciados valorativos que, segundo Hart⁷, dão sentido último ao microsistema que informa as normas de prestação desses serviços, avaliar em que medida a perspectiva teleológica é preferível à perspectiva formal-legalista para efetivação da política pública de geração de energia elétrica no país.

Para enfrentar a questão posta, serão desenvolvidos cinco capítulos específicos, além da conclusão, lastreados em pesquisa bibliográfica e documental sobre legislação, doutrina e

⁷ O referencial do pensamento de Hart permite ir além da simples justificativa que legitima um determinado entendimento por ser fruto de aplicação de um comando legal de observância obrigatória, pois “a norma de reconhecimento que estabelece os critérios para avaliar a validade de outras normas do sistema é, num sentido importante, que procuraremos esclarecer, uma norma última (*ultimate rule*); e quando, como geralmente ocorre, houver diversos critérios hierarquizados por ordem de subordinação e primazia relativa, um deles será considerado supremo (*supreme*). Essas ideias sobre o caráter último da norma de reconhecimento e a supremacia de um de seus critérios merecem atenção. É importante desembaraçá-las da teoria, que rejeitamos, de que em algum ponto de todo o sistema jurídico deve haver, ainda que oculto por detrás das formas jurídicas, um poder legislativo soberano juridicamente ilimitado.” HART, H. L. A. O conceito de Direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p.136.

relevantes julgados junto ao Poder Judiciário e à Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Os três capítulos iniciais são teóricos, e os últimos dois são reservados a estudos de casos.

A discussão se inicia a partir da análise da política pública de geração, em que se procura assinalar, enquanto objetivo específico, que a estruturação de mercado disposta para a regência dessa atividade requer uma abordagem jurídica capaz de lidar com essa realidade.

No segundo capítulo, postula-se que, não obstante as ações de desestatização e privatização implementadas no país na década de 1990, as atividades de geração não deixaram de ser compreendidas enquanto serviços públicos. Pretende-se sustentar que, diversamente do que interpretações formais-legalistas suscitam, o artigo 176 da CF/88 não deve ser compreendido de forma isolada, pois a diferenciação entre serviços públicos e as demais atividades econômicas radica-se em prescrições e tratamentos jurídicos distintos para cada atividade.

No terceiro capítulo, em razão da preponderância de normas semanticamente abertas dispostas para reger o setor elétrico, postula-se que o sentido da norma seja extraído a partir da perspectiva privilegiada do Direito Econômico, dando-se importância à racionalidade econômica como forma de atribuir sentido às condutas praticadas nesse ambiente.

Nos capítulos 4 e 5 são discutidos casos concretos. Primeiramente, tem-se por objeto a análise dos votos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 09/06, proposta com o objetivo de reconhecer a constitucionalidade das medidas tomadas pelo Poder Público para enfrentamento da crise de energia elétrica vivenciada em 2001. Procurar-se-á expor que a perspectiva formal-legalista, apresentada pelo ministro relator da ação junto ao Supremo Tribunal Federal, não se mostraria capacitada a enfrentar o tema da escassez da oferta de energia. Ao final do capítulo, ressaltaremos como a forma a adoção do conceito econômico de curva de possibilidade de produção poderia se mostrar útil para o deslinde da discussão.

No quinto capítulo, a partir do caso do Leilão da Usina Jirau, procurar-se-á expor como a decisão da ANEEL de permitir a um dos licitantes alterar o local de construção da usina constituiu-se em prática decisória teleológica, capaz de favorecer os objetivos finalísticos da modicidade tarifárias e da defesa da competição.

A pretensão de dedicar uma dissertação a essa temática tem por objetivo geral auxiliar na implementação de políticas públicas que possam efetivamente regular a atividade de geração de energia elétrica em prol dos interesses reclamados pela sociedade. Os serviços de energia elétrica são fundamentais ao mundo contemporâneo. Sem eles, há sensível perda de qualidade de vida. Se sua forma de prestação não for bem compreendida pelo tomador de decisão, dificilmente a atividade poderá ser regulada a contento.

Capítulo 1. A política pública de geração e sua estruturação condizente com as regras de mercado

Pretende-se analisar a política pública de geração com o objetivo de assinalar que a estruturação de mercado concebida para regência dessa atividade requer uma abordagem jurídica capaz de lidar com essa realidade.

Maria Paula Dallari Bucci aduz que o conceito de política pública deve ser compreendido a partir de um conjunto de atividades voltadas para a realização de objetivos definidos. Sua conceituação procura ressaltar as finalidades que permeiam a ação estatal, voltada à “realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados”⁸

Consoante essa perspectiva, no setor de geração de energia, as grandes linhas da política pública encontram-se dispostas na Lei nº 9.478/97 que estabelece “os princípios e objetivos da Política Energética Nacional”. Em cumprimento aos preceitos constitucionais referentes ao tema, coube à referida lei prescrever que as “políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia” visarão cumprir os objetivos de (i) pleno atendimento da demanda, com (ii) diversificação das fontes energéticas, em respeito (iii) a preços e tarifas módicos e (iv) com promoção à livre concorrência, dentre outros.

Com os desideratos traçados pela Lei nº 9.478/97, a Lei nº 10.848/04 criou dois ambientes que possibilitam as transações de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional (SIN), perpassando por todas as etapas da indústria dessa atividade – geração, transmissão, distribuição, comercialização – até se chegar ao consumidor final. Ao disciplinar as formas de comercialização da energia, esse normativo acabou por estipular as formas de promoção da expansão da geração, que tanto poderá se concretizar no chamado Ambiente de Contratação Regulada (ACR) quanto no Ambiente de Contratação Livre (ACL).

⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

Além do SIN, a Lei nº 12.111/09, fruto da conversão da Medida Provisória nº 466, de 29 de julho de 2009, normatizou a forma de se expandir a geração nos Sistemas Isolados.⁹ Nessas regiões, o dever de atendimento à população é da distribuidora, que deverá promovê-lo por meio de licitação, nas modalidades leilão ou concorrência. Em razão das condições menos atrativas desses mercados, com localização remota, dispersos consumidores, alto custo de geração – já que usualmente inexiste opção outra senão a utilização de óleo combustível –, desempenha papel fundamental a Conta de Consumo de Combustíveis fósseis (CCC). A CCC é um encargo legal cobrado de todos os consumidores do país que permite o ressarcimento do custo total de geração nesses Sistemas Isolados, deduzindo-se o custo médio de geração do ACR. Desse modo, busca-se favorecer a modicidade tarifária dos usuários localizados naquelas regiões. Até o primeiro semestre de 2012, nenhum leilão fora realizado para essas localidades, com duas hipóteses que configuraram exceções à regra licitatória e que tiveram autorizações dadas às distribuidoras locais para gerarem energia elétrica como PIEs.¹⁰

Em razão de 97% do consumo de energia elétrica no Brasil ser atendido pelo SIN¹¹, a análise da política pública de geração restará adstrita a esse segmento. Pretende-se aduzir que, tanto no ACL quanto no ACR, a política pública tem se valido do Produtor Independente de Energia Elétrica (PIE), e seu regime jurídico condizente com a estruturação de mercado conferida à atividade de geração, para promover a expansão da geração no país.

1.1. O Ambiente de Contratação Regulada (ACR)

No ACR, seara própria de comercialização de energia pelas empresas distribuidoras, mostra-se obrigatório que a expansão da geração se dê por intermédio de procedimentos licitatórios. A outorga para a geração de energia é conferida àquele que se propuser a comercializar energia ao menor preço ofertado às distribuidoras. Tem-se, portanto, um leilão

9 Conforme Exposição de Motivos de encaminhamento da MP nº 466/09: “4. Existem cerca de duzentos e setenta e sete Sistemas Isolados, com carga própria da ordem de 1.550 MW médios (14.000 GWh, aproximadamente), que se encontram, na maioria, concentrados na Região Norte, distribuídos ao longo de quarenta e cinco por cento do território nacional. Destaca-se ainda que, embora esteja prevista a interligação dos Sistemas existentes nas maiores localidades (Capitais), restrições econômicas farão com que continue havendo Sistemas Isolados, sobretudo no interior dos Estados daquela Região.”

¹⁰ Autorização para a Boa Vista Energia S.A. implantar a Usina Termelétrica Distrito (Processo nº 48500.001938/2010-12) e autorização para a Eletroacre implantar a Usina Termelétrica Belo Jardim (Processo nº 48500.000902/2011-01).

¹¹ Conforme Exposição de Motivos de encaminhamento da MP nº 466/09.

público tipicamente reverso, no qual se fixa um preço teto e o vencedor é justamente aquele que oferecer o menor preço de venda de energia para atendimento da demanda de todas as distribuidoras que atuam no SIN¹².

Anualmente ocorrem os chamados Leilões A-5 e A-3, que visam contratar a totalidade da demanda das distribuidoras do país, as quais se encontram obrigadas a declarar necessidades de compras ao Ministério de Minas e Energia (MME), levando em conta um cenário prospectivo de 5 anos (A-5), podendo fazer ajustes de planejamento trienais (A-3)¹³. De posse da previsão de demanda a ser suprida, o MME determina à ANEEL a realização dos leilões de expansão de geração, com obrigação de entrega futura de suprimento de energia em 5 anos (A-5) ou 3 anos (A-3), com contratos de comercialização de energia com vigência de 30 anos para empreendimentos hídricos e 15 anos para as demais fontes.

Além desses leilões ordinários, existe a previsão de leilões específicos, reservados a projetos estruturantes, que envolvem empreendimentos hídricos de grande porte, seguindo o horizonte de contratação de um leilão A-5. Nesses leilões, não há preocupação de atendimento da totalidade da demanda das distribuidoras, mas sim de contratação de toda energia a ser alocada ao ACR por esses empreendimentos. O montante de energia contratado nesses leilões é deduzido das necessidades das distribuidoras que se seguirão nos leilões A-3 e A-5, mas o que os caracteriza fundamentalmente é a competição pela comercialização de energia envolver único empreendimento. O porte do potencial hidráulico e, por conseguinte, da vultosa obra que se mostrará necessária para viabilizar sua exploração, justifica o tratamento diferenciado desses certames. Seguiram esse modelo de leilões de projetos estruturantes as usinas de Santo Antônio (em 2007), Jirau (em 2008) e Belo Monte (em 2010).

¹² “Art. 2º As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional (SIN) deverão garantir o atendimento à totalidade de seu mercado, mediante contratação regulada, por meio de licitação, conforme regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, disporá sobre: (...)”

§ 2º A contratação regulada de que trata o *caput* deste artigo deverá ser formalizada por meio de contratos bilaterais denominados Contrato de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado – CCEAR, celebrados entre cada concessionária ou autorizada de geração e todas as concessionárias, permissionárias e autorizadas do serviço público de distribuição, devendo ser observado o seguinte: (...)”. Lei nº 10.848/04 [grifos nossos].

¹³ Nas declarações de necessidade, as distribuidoras deverão deduzir a energia: (i) já livremente contratada mediante contratos bilaterais anteriores à publicação da Lei nº 10.848/04; (ii) proveniente de geração distribuída; (iii) de fontes renováveis inseridas na primeira etapa do Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica - PROINFA; (iv) de Itaipu Binacional; (v) Angra I e II, a partir de 1º de janeiro de 2013, conforme determina o §8º do artigo 2º da Lei nº 10.848/04.

Além de todos esses leilões de comercialização de energia nova¹⁴, a expansão da geração também pode ocorrer por leilões de reserva e de fontes alternativas. Os primeiros servem para contratação de aumento de garantia de suprimento ao SIN. Já os de fontes alternativas servem ao atendimento da demanda das distribuidoras, mas não necessitam ficar vinculados à mesma estruturação rígida de formatação dos leilões A-3 e A-5¹⁵. Como seu nome indica, sua contratação privilegia a viabilização e consequente ampliação das fontes renováveis na matriz energética nacional (pequenas centras hidrelétricas, biomassa e energia eólica).

1.2. O Ambiente de Contratação Livre (ACL)

Já no ACL, as outorgas de geração seguem procedimento específico de acordo com a fonte envolvida e dependem, fundamentalmente, da iniciativa daquele que almeja gerar energia para suprimento próprio ou para atendimento das necessidades de um seletivo grupo de agentes que podem livremente comercializar energia.¹⁶ Caso o interesse na expansão da geração recaia sobre fontes hídricas, há um procedimento licitatório simplificado, baseado no critério de melhor qualidade do projeto de implantação do empreendimento. Atualmente, no ACL, as autorizações para esses empreendimentos estão limitadas aos potenciais hidráulicos de até 50 MW de capacidade instalada, independentemente de terem características de pequenas centrais hidrelétricas¹⁷.

Para essas fontes, abre-se um procedimento específico e fixa-se um prazo para o desenvolvimento dos estudos necessários à exploração do potencial hidráulico por todos

¹⁴ A legislação do setor elétrico também prevê mecanismos específicos para a comercialização da energia existente, como os leilões A-1, a fim de evitar a contaminação de custos entre energia existente e energia nova.

¹⁵ Apesar de não haver essa obrigatoriedade, os dois leilões de fontes alternativas realizados desde o advento da Lei nº 10.848/04 guardaram a estruturação típica de leilões A-3.

¹⁶ “§ 3º A contratação livre dar-se-á nos termos do [art. 10 da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998](#), mediante operações de compra e venda de energia elétrica envolvendo os agentes concessionários e autorizados de geração, comercializadores e importadores de energia elétrica e os consumidores que atendam às condições previstas nos [arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995](#), com a redação dada por esta Lei.” (§3º do art. 1º da Lei nº 10.848/04) Além desses, podem transacionar energia no ACL consumidor ou conjunto de consumidores reunidos por comunhão de interesses de fato ou de direito, cuja carga seja maior ou igual a 500 (quinhentos) kW desde que a energia contratada seja proveniente de PCHs ou UHEs até 50MW, empreendimentos registrados, e aqueles com base em fontes solar, eólica, biomassa, cuja potência injetada nos sistemas de transmissão ou distribuição seja menor ou igual a 50.000 (cinquenta mil) kW. (§5º do artigo 26 da Lei nº 9.427/96).

¹⁷ Art. 26, I e VI da Lei nº 9.427/96.

aqueles que manifestaram prévio interesse em determinada bacia hidrográfica. Apresentados os estudos, e aprovados pela ANEEL, há disponibilização dessas informações aos interessados para que possam, então, apresentar os respectivos projetos básicos de desenvolvimento das obras. O titular do projeto que reunir as melhores condições de aprovação será o escolhido para receber a correspondente outorga para execução do empreendimento. A disputa respeita, portanto, a condição republicana de os potenciais hidráulicos constituírem bens públicos (art. 20, VIII da CF/88), de titularidade da União, o que não permitiria que fossem apropriados pura e simplesmente pelo primeiro interessado em explorá-los.¹⁸

Para as demais fontes, o procedimento no ACL é mais simples, e a autorização depende, substancialmente, da comprovação dos requisitos necessários para viabilizar o empreendimento, resumidamente, referentes à (i) propriedade ou livre dispor da área de implantação da usina; (ii) disponibilidade do insumo primário que servirá para a geração de energia; (iii) licenciamento ambiental prévio; e (iv) viabilidade do escoamento da energia a ser produzida, mediante a prévia demonstração das condições preliminares de contratação de acesso e uso das redes de transmissão e distribuição. Para essas fontes, a outorga será conferida sem limitação da capacidade a ser instalada.¹⁹

1.3. Os regimes jurídicos de geração de energia elétrica

¹⁸ Se houver mais de um interessado com projetos em condições de aprovação (na fase de seleção ainda são chamados de “projetos em condições de receber o aceite”), a seleção se perfaz pelos seguintes critérios: (i) preferência a quem elaborou o respectivo estudo de inventário do rio (para 40% do potencial inventariado); (ii) caso não haja aplicação do primeiro item, àquele que for proprietário da maior área a ser atingida pelo reservatório do aproveitamento em disputa. As regras estão contidas no artigo 11 da Resolução Normativa nº 343, de 09 de Dezembro de 2003, da ANEEL, que versa sobre empreendimentos definidos como PCHs. Para empreendimentos sem características de PCH, a disputa prevê que, primeiramente, seja dada preferência a quem elaborou o respectivo estudo de inventário do rio (também no percentual de 40% do potencial inventariado), tal como ocorre nas PCHs. Caso não seja aplicável esse critério, a definição da disputa deixa de ser pela quantidade de terra e passa a ser pelo fator temporal de apresentação do projeto básico, dando-se preferência àquele que (i) tenha protocolado primeiro o projeto básico na ANEEL em condições de aprovação, sem necessidade, portanto, de complementação ou (ii) àquele que tenha protocolado primeiro o projeto básico na ANEEL, ainda que sejam exigíveis outros estudos complementares. As regras estão estabelecidas no artigo 11 da Resolução Normativa nº 412, de 5 de Outubro de 2010, da ANEEL.

¹⁹ Os procedimentos de outorga para essas fontes são disciplinados pelas Resoluções Normativas nº 390/09 e 391/09 da ANEEL.

Independentemente do ambiente de contratação, as outorgas de geração podem ser conferidas em três regimes jurídicos distintos²⁰: (i) serviço público, precedido ou não de obra pública, conforme prevê a Lei nº 8.987/95; (ii) autoprodução de energia, conforme dispõe o Código de Águas e as Leis nº 9.074/95 e 9.427/96; e (iii) produção independente de energia elétrica (PIE), conforme disciplina a Lei nº 9.074/95.

Na terminologia de Dallari Bucci, esses são os meios necessários para viabilizar a expansão da geração de energia no país. A diferença substancial entre os três regimes reside na destinação conferida à energia elétrica e, conseqüentemente, nas obrigações e direitos assumidos. No regime de serviço público, pressupõe-se a prestação de um serviço público predeterminado pelo Poder Concedente, com tarifas reguladas; na autoprodução, a outorga é conferida visando, precipuamente, a geração de energia para suprimento das necessidades do interessado, com possibilidade de comercialização do excedente gerado, desde que seja eventual e temporariamente. Nesse regime, não se cogita em tarifas reguladas ou em serviço predeterminado, visto que o interesse preponderante recai no atendimento das necessidades do próprio gerador de energia elétrica. Já no regime de PIE, tem-se maior liberdade na execução das atividades de geração, sem delimitação prévia da forma de prestação do serviço, tampouco o estabelecimento de tarifas reguladas para a comercialização da energia gerada. Em razão da maior liberdade conferida a esse regime jurídico, e seus conseqüentes contornos mais aderentes às regras de mercado, as outorgas de geração no SIN têm privilegiado essa

²⁰ A Lei nº 10.438/02, ao instituir o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas (PROINFA), previu uma nova modalidade de agente de geração, específica para aquele programa: o Produtor Independente Autônomo (PIA). A diferença dessa figura para os demais PIEs reside na forma como se apresenta a cadeia dominial de controle da empresa. Para se constituir enquanto PIA, deveria haver uma empresa nova, concebida sem qualquer vínculo societário anterior com o setor elétrico. A sistemática de contratação do PROINFA permitiu que o regime jurídico dos PIA fosse, após três anos, alterado para PIE. O objetivo da lei era estimular a entrada de novos agentes no mercado de energia elétrica, criando, por meio de uma atividade típica de fomento estatal, contratação estimulada para a geração proveniente de fontes eólica, pequenas centrais hidrelétricas e biomassa. Seguem as previsões normativas citadas:

“Art. 3º Fica instituído o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica - Proinfa, com o objetivo de aumentar a participação da energia elétrica produzida por empreendimentos de Produtores Independentes Autônomos, concebidos com base em fontes eólica, pequenas centrais hidrelétricas e biomassa, no Sistema Elétrico Interligado Nacional, mediante os seguintes procedimentos:

§ 1º Produtor Independente é Autônomo quando sua sociedade, não sendo ela própria concessionária de qualquer espécie, não é controlada ou coligada de concessionária de serviço público ou de uso do bem público de geração, transmissão ou distribuição de energia elétrica, nem de seus controladores ou de outra sociedade controlada ou coligada com o controlador comum. [Redação dada pela Lei nº 10.762, de 11.11.2003]

§ 6º Após um período de 3 (três) anos da realização da Chamada Pública, o Produtor Independente Autônomo poderá alterar seu regime para produção independente de energia, mantidos os direitos e obrigações do regime atual, cabendo à Eletrobrás promover eventuais alterações contratuais. [Incluído pela Lei nº 11.488, de 2007]

§ 7º Fica restrita à 1ª (primeira) etapa do programa a contratação preferencial de Produtor Independente Autônomo. [Incluído pela Lei nº 11.488, de 2007].”

figura, tendo esse regime sido, na verdade, alçado à condição de verdadeiro protagonista dos leilões de energia, sendo que em todos os leilões de projetos estruturantes realizados até o momento – Santo Antônio (2007), Jirau (2008) e Belo Monte (2010) – a outorga foi concedida sob essa modalidade.

1.3.1. O Produtor Independente de Energia Elétrica (PIE)

Discutidos os instrumentos da política de expansão da geração, passa-se a reservar reflexões sobre o PIE. Com os seus contornos melhor delineados, verificar-se-á que as outorgas de geração têm privilegiado essa modalidade por ser mais condizente com a estruturação de mercado conferida à atividade de geração de energia elétrica. O intérprete que se depara com a necessidade de aplicar normas que envolvem o PIE deve se valer de uma perspectiva jurídica capaz de compreender a racionalidade econômica que dá sentido aos termos semânticos que conformam o regime jurídico dessa espécie de outorga.

As disposições referentes ao PIE possuem previsão normativa que se assentam diretamente na Constituição Federal (CF/88). Os artigos 173, 175 e 176 são fundamentais na conformação do regime jurídico dessa figura. No plano infraconstitucional, sua definição legal encontra-se prevista no *caput* do artigo 11 da Lei nº 9.074/95:

Art. 11. Considera-se produtor independente de energia elétrica a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco.

A concepção do PIE pressupõe a compreensão de que o resultado da atividade não se confunde com a própria atividade. O resultado da atividade pode ser dissociado dela mesma, permitindo a quem a explora apropriar-se do fruto desse labor e, a partir daí, comercializá-lo, por conta e risco, como frisa o texto legal. Isso é fundamental para a compreensão do instituto. A apropriação recai sobre o resultado da atividade e não sobre a atividade em si. Esta última, como será discorrido no capítulo seguinte, será sempre pública, à luz do que preveem os artigos 21, 175 e 176 da CF/88.

A apropriação do resultado da exploração da geração de energia elétrica não é um entendimento novo, surgido com a figura do PIE. Essa noção já se mostrava ínsita ao regime

de autoprodução, visto que a energia elétrica era tida como insumo na atividade desenvolvida pelo autoprodutor, portanto, passível de apropriação pelo gerador, usualmente uma indústria. A previsão da autoprodução remonta ao vetusto Código de Águas²¹, que também previa a possibilidade de concessão específica para comercialização de energia elétrica. O que a figura do PIE veio trazer de novo foi a noção de se explorar a geração de energia com o propósito de livremente comercializar o fruto dessa exploração, dissociando-a do regime jurídico que informa a prestação de um serviço público, este último disciplinado especificamente pela Lei nº 8.987/95, que inclusive o conceitua.

A noção advém do *caput* do artigo 176 da CF/88, que dissocia o bem público (potencial de energia hidráulica) da propriedade resultante de sua exploração:

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

Logo adiante, no §1º do artigo 176, prevê-se que as atividades referidas no *caput* do artigo 176 “somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União” e sempre em conformidade com “o interesse nacional”, o que reforça os contornos públicos atribuídos à atividade, mas também permite conceber um regime jurídico diferenciado para regê-la.

Ao se enfatizar a apartação entre a atividade e os bens de um lado, e o fruto da exploração ou aproveitamento dessas atividades de outro lado, o que a Constituição Federal permitiu foi estabelecer outorgas – de autorização ou concessão – para a exploração do uso de um bem público (potencial hidráulico) sem vinculá-las a um serviço preconcebido. Para cumprimento do comando contido no §1º do artigo 176, bastaria que a exploração se desse em conformidade com o interesse nacional, mas sem caracterizar, necessariamente, outorga para prestação de um serviço público de geração de energia elétrica.

A partir, portanto, desse entendimento, os potenciais hidráulicos passaram a ser outorgados, com adoção do regime jurídico de PIE, sob a modalidade de concessão de uso de bem público, o que permite às empresas produzir energia elétrica destinada ao comércio de

²¹ Decreto nº 24.643/34, regulamentado pelo Decreto nº 41.019/57.

toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco, materializando, portanto, a dissociação prevista no artigo 176 da CF/88. Nesse sentido, a Lei nº 9.074/95, ao criar a figura do PIE, previu, em seu artigo 13, que:

Art. 13. O aproveitamento de potencial hidráulico, para fins de produção independente, dar-se-á mediante contrato de concessão de uso de bem público, na forma desta Lei.

O regime jurídico conferido ao PIE é condizente com a política pública de inserção de competição no segmento de geração, promovida tanto pela Lei nº 9.074/95 como pela Lei nº 9.648/98. Por meio desses normativos, ao dissociar a exploração do potencial hidráulico com o serviço a ser prestado, o PIE passa a explorar e produzir energia para atendimento das necessidades do país e não mais para um mercado específico, permitindo-se a ele atribuir a titularidade da energia produzida justamente para possibilitar a sua venda ao mercado, que passou a ter o rol de destinatários ampliados com o advento da Lei nº 9.074/95.²² Sem a vinculação a uma determinada concessionária a ser suprida, tal como se tinha anteriormente com os comandos revogados da Lei nº 8.631/93, deixa de fazer sentido conferir outorgas no estrito regime de serviço público. Por força do artigo 10 da Lei nº 9.648/98, instituiu-se a livre comercialização para toda energia, existente e futura, com observância dos prazos gradativos de liberação da contratação inicial, o que permitiu que os preços de comercialização fossem livremente estipulados pelos agentes do setor elétrico, cabendo à ANEEL estipular critérios que limitassem eventuais repasses dos custos de energia aos consumidores finais.

Esse modelo competitivo só adquire eficácia se internalizada a noção de que o PIE possui a titularidade da energia a ser gerada. Em julgamento que versou sobre a Lei nº 9.478/97 – lei já mencionada, disciplinadora da Política Nacional Energética –, acerca de dispositivo que confere ao contratado a propriedade do resultado da exploração de petróleo,

²² “Art. 12. A venda de energia elétrica por produtor independente poderá ser feita para:

I - concessionário de serviço público de energia elétrica;

II - consumidor de energia elétrica, nas condições estabelecidas nos arts. 15 e 16;

III - consumidores de energia elétrica integrantes de complexo industrial ou comercial, aos quais o produtor independente também forneça vapor oriundo de processo de co-geração;

IV - conjunto de consumidores de energia elétrica, independentemente de tensão e carga, nas condições previamente ajustadas com o concessionário local de distribuição;

V - qualquer consumidor que demonstre ao poder concedente não ter o concessionário local lhe assegurado o fornecimento no prazo de até cento e oitenta dias contado da respectiva solicitação.”

norma, portanto, muito similar à concepção de regência do PIE, o STF teve oportunidade de assentar a constitucionalidade dessa atribuição. Esse julgamento se deu envolto num cenário de contundentes críticas de parcela da sociedade contrária à revogação da exclusividade então conferida à Petrobras na exploração das atividades petrolíferas listadas no art. 177 da CF/88, em razão do advento da Emenda Constitucional nº 09/95. Essa emenda, diferentemente do que costuma ser propagado, não extinguiu o monopólio da atividade petrolífera no país. O monopólio dessas atividades sempre foi da União e continua sendo, dado que sua previsão consta do *caput* do artigo 177, dispositivo inalterado desde a redação originária da CF/88. O que a EC nº09/95 fez foi extinguir a exclusividade que a Petrobras detinha para, enquanto empresa estatal federal, explorar o monopólio da União, vez que o §1º do artigo 177 vedava a possibilidade de a União “ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, ressalvado o disposto no art. 20, § 1º”.

Numa linguagem diferente, o §1º do artigo 177, em sua redação originária, era um limitador da forma de se explorar o monopólio da União, pois impedia qualquer tipo de participação de terceiros na exploração de atividades abrangidas por esse regime, obrigando a União a explorá-las diretamente, por meio de sua estrutura administrativa própria, que se concretizava por intermédio da Petrobras, sociedade de economia mista federal criada por Getúlio Vargas, em 1953, sob a bandeira do movimento “O petróleo é nosso!”²³.

Mais flexível, o que a nova redação dada ao §1º do artigo 177 possibilitou foi conferir à União a opção de contratar, com empresas estatais ou privadas, a realização das atividades previstas nos incisos I a IV daquele dispositivo. As condições para permitir essa contratação deveriam estar dispostas em lei, o que permitiria a discussão política do tema em razão da necessária anuência do Legislativo. Lê-se na nova redação conferida à norma:

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

²³ O vínculo de Vargas com a empresa era tão forte que ela foi lembrada na carta-testamento que escrevera antes de suicidar-se: “(...) Quis criar a liberdade nacional na potencialização das nossas riquezas, através da Petrobras. E mal começa esta a funcionar, a onda de agitação se avoluma. E a Eletrobrás foi obstaculizada até o desespero. (...)” Carta-testamento de Getúlio Vargas, subscrita em 24 de agosto de 1954, no Palácio do Catete, Rio de Janeiro.

Cabe destacar que se trata de uma opção, o que implica afirmar que, como estamos diante de atividades monopolizadas, pode a União entender que não deve delegá-las à iniciativa privada ou estabelecer um regime diferenciado para regê-las. Pode, até mesmo, vir a criar uma empresa estatal específica para explorar o conjunto das atividades submetidas ao regime de monopólio, visto possuir pleno domínio sobre essas atividades. Basta, para tanto, estabelecer os marcos legais imprescindíveis. Eros Grau assinala que essa modalidade interventiva no mercado (intervenção direta por absorção) pressupõe que o “Estado assuma integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de monopólio”²⁴. Não há, portanto, qualquer vício de inconstitucionalidade nas Leis 12.276/10 e 12.304/10, que, respectivamente, (i) transferem à Petrobrás o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo e de gás natural em áreas não concedidas localizadas no pré-sal e (ii) autorizam a União a criar Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. – Pré-Sal Petróleo S.A. Mas essa é uma discussão que começa a transbordar os limites ora propostos. Retomado, pois, o que o STF assentou quando julgou pela constitucionalidade da Lei nº 9.478/97, em meio ao cenário turbulento que costuma acompanhar toda medida de abertura de mercados, tem-se que:

a propriedade da lavra das jazidas de produtos minerais conferida ao concessionário pelo art. 176 da CF é inerente ao modo de produção social capitalista, sendo que essa concessão seria materialmente impossível sem que o proprietário se apropriasse do produto da exploração das jazidas, o que também se daria quanto ao produto resultante das contratações (e não concessões) com empresas estatais ou privadas nos termos do § 1º do art. 177 da CF, consubstanciando escolha política a opção por uma das inúmeras modalidades de contraprestação atribuíveis ao contratado.²⁵

Nesse mesmo julgado, Eros Grau, na condição de ministro, pôde abordar aspectos importantes sobre a diferenciação feita pela Constituição entre bens e atividades. Destacam-se os seguintes excertos:

07. O conceito de monopólio efetivamente não se presta a explicitar características da propriedade, de modo que não cabe aludirmos a *monopólio de propriedade*.

²⁴ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 133.

²⁵ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3273/DF. DJU 02.03.2007.

Na medida em que *erga omnes*, a propriedade é sempre exclusiva. Isso significa que o conceito de propriedade porta em si a exclusividade [= monopólio] do domínio do bem pelo seu titular. Por isso são redundantes e desprovidas de significado as expressões “monopólio da propriedade” ou “monopólio de um bem.”

08. A Constituição do Brasil enumera, em seu art. 177, *atividades* que constituem monopólio da União [v.g., pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural, refinação de petróleo, importação e exportação de produtos derivados de petróleo, transporte marítimo de petróleo bruto etc.] e, em seu art. 20, os *bens* que são de sua exclusiva propriedade [terras devolutas, ilhas fluviais, mar territorial, terrenos de marinha, recursos minerais, sítios arqueológicos etc.]. *Atividades e bens*, uma coisa distinta da outra.

Por isso não é adversa à Constituição a existência ou o desenvolvimento de uma atividade econômica sem que a propriedade do bem empregado no processo produtivo ou comercial seja concomitantemente detida pelo agente daquela atividade – o que também é afirmado por Fábio Konder Comparato²⁶. Dizendo-o de outro modo: o conceito de atividade econômica [enquanto atividade comercial] prescinde da propriedade dos bens de produção. (...)

11. Concluo este momento de meu voto lembrando que o monopólio é de atividade, não de propriedade. Isso explica porque a propriedade do resultado da lavra das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluídos pode ser atribuída a terceiros pela União, sem qualquer ofensa à reserva do monopólio, contemplada no artigo 177 da Constituição. (...)

18. Insisto ainda em que à impossibilidade material de concessão sem que o concessionário se aproprie do produto da exploração da jazida corresponde a evidente impossibilidade da contratação prevista no §1º do artigo 177 sem que o contratado se aproprie direta ou indiretamente do produto da exploração da pesquisa e lavra do petróleo e do gás e seus derivados. A opção pelo tipo de contrato a ser celebrado com as empresas que vierem a atuar no mercado petrolífero não pertence ao Poder Judiciário: este não pode se imiscuir em decisões de caráter político. Opção pelo tipo de contrato a ser celebrado pela União e as empresas é, sem dúvida, opção política.²⁷

Com o foco voltado apenas para a produção de energia elétrica, e com o consequente modelo competitivo atribuído à atividade de geração e comercialização de energia, as preocupações de regulação do serviço de geração de energia elétrica ficaram bem reduzidas com o advento do PIE, razão que justifica o tratamento hodierno menos interventivo para esse segmento quando contrastado com a forte regulação existente na transmissão e distribuição de energia elétrica, caracterizadoras de verdadeiros monopólios naturais. A seguir, passam a ser discutidos os elementos fundamentais do regime jurídico do PIE.

²⁶ Direito Público – Estudos e Pareceres, cit., pág. 152: “... o agente executor do monopólio não precisa ter a propriedade dos bens, móveis ou imóveis, utilizados na exploração da atividade monopolizada, podendo, por exemplo, tomá-los em arrendamento de terceiros.”

²⁷ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3273/DF. *Op. cit.*

1.3.1.1. Liberdade, riscos e preços em regimes competitivos: elementos fundamentais do regime jurídico do PIE

Os contratos de uso de bem público instrumentalizam o regime jurídico aplicável aos PIEs que exploram potenciais hidráulicos licitáveis, ou seja, maiores de 50 MW. Possuem suas linhas gerais fixadas na Lei nº 9.074/95, que previu que as outorgas dos serviços de energia elétrica – título atribuído ao capítulo II da lei – seriam contratadas, outorgadas ou prorrogadas nos termos que ela fixou, observados os termos previstos pela Lei nº 8.987/95 e as demais aplicáveis (art. 4º).²⁸

As particularidades dos contratos de concessão de uso de bem público são ressaltadas por Daniel Esteves, que assinala que “embora guardem alguma similaridade com os contratos de concessão de serviço público precedidos de obra pública e sofram a incidência da Lei nº 8.987/95, por força do art. 4º da Lei nº 9.074/95”²⁹, não podem ser olvidadas.

As principais particularidades do regime jurídico do PIE se assentam na maior liberdade empresarial conferida para o exercício da atividade, visto ser pautada pelo caráter competitivo, bem como na assunção de todos os riscos que envolvem a exploração do potencial hidráulico e a sua consequente comercialização de energia. Esses atributos decorrem de um ambiente licitatório próprio que prestigia a formação de vínculos por meio de preços livremente pactuados e que acaba por repercutir nos contornos definidores de seu regime jurídico.

Esses elementos, apesar de serem jurídicos no sentido de que as normas os contêm, necessitam do reclamo de outras ciências sociais para lhes conferir significação. Uma perspectiva jurídica simplesmente formal não seria suficiente para extrair a significação desses atributos, podendo, ao cabo, vir a fundamentar decisões incapazes de refletir o sentido esperado de aplicação da norma. Nesse caso, frustra-se, por consequência, a política pública

²⁸ Art. 4º As concessões, permissões e autorizações de exploração de serviços e instalações de energia elétrica e de aproveitamento energético dos cursos de água serão contratadas, prorrogadas ou outorgadas nos termos desta e da Lei nº 8.987, e das demais.

²⁹ ESTEVES, Daniel Santa Bárbara. Os riscos nas concessões de uso de potenciais hidráulicos para produção independente de energia elétrica. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, 2009, p. 13.

esperada para o setor. Passa-se então a melhor discuti-los a fim de se reclamar a necessidade de uma abordagem jurídica capaz de lidar com essa realidade.

a) Liberdade compreendida no contexto liberalizante que marcou a década de 90 no Brasil

O PIE, como o seu próprio nome sugere, recebe uma autorização para produzir energia elétrica e comercializar a energia gerada, por sua conta e risco. Quando não envolve a utilização de potencial hidráulico passível de licitação, não se cogita, sequer, na formalização de concessão.³⁰ Mesmo quando a legislação determina a instrumentalização de concessão, esta se dá para possibilitar o uso de um bem público e não a prestação de um determinado serviço. Essa conformação vai possibilitar ao PIE atuar, portanto, em um regime de dilatada liberdade na execução de suas atividades.

A criação dessa figura só se mostrou possível a partir das regras trazidas pelo artigo 176 da CF/88, que, fruto de um cenário de nova reflexão sobre o papel reservado ao Estado diante da economia, buscou dotar o país de instrumentos jurídicos mais condizentes com as necessidades e agilidades exigidas pelo mercado. O contexto político que marca a reestruturação da forma de atuação do Estado nas questões econômicas se caracteriza pela criação ou resgate de arranjos jurídicos mais condizentes com a concepção liberal, prestigiando instrumentos que conferem à iniciativa privada maior liberdade na execução dessas atividades econômicas, ainda que classificadas como serviços públicos, concebendo-se, portanto, mecanismos mais flexíveis na gestão e consequente assunção dos riscos associados a essas atividades.

A década de 1990 no Brasil foi caracterizada por ares liberalizantes. Fortemente influenciado pelas experiências de desregulamentação e privatização de serviços públicos (*public utilities*) ocorridas nos Estados Unidos da América e no Reino Unido na década de 80, o país prestigiou instrumentos que conferiram à iniciativa privada maior liberdade na execução de atividades econômicas classificadas como serviços públicos.

A inserção de maior liberdade nas atividades de geração foi de tamanha envergadura que alguns autores passaram a postular, inclusive, a *despublicatio* dessas atividades. A ordem

³⁰ Essa é a sistemática para todos os PIEs que exploram empreendimentos termelétricos, bem como para aqueles que recebem autorização para exploração de Pequenas Centrais Hidrelétricas ou aproveitamentos hidráulicos até 50 MW, nos termos em que dispõe o artigo 26 da Lei nº 9.427/96.

econômica mundial vivenciava naquele período a derrocada dos regimes socialistas e a preponderância do sistema capitalista de produção como modelo único para reger os tratos econômicos. Todo esse contexto reflete-se na dimensão atribuída à liberdade do PIE, o qual será melhor debatido no capítulo seguinte.

b) Assunção dos riscos

Riscos e preços são assuntos que devem ser sempre discutidos em conjunto. Ao se afirmar que as atividades realizadas sob o regime de PIE pressupõem a assunção de maior carga de risco, cabe explicar no que isso consiste.

Por não se tratar de uma outorga de prestação de serviço público, mas de concessão de uso de bem público, o PIE tem direito a explorar o potencial hidráulico que lhe foi concedido, no prazo assinalado pela legislação e pelo contrato. Não há um preço predefinido para reger essa exploração, nem qualquer mecanismo que assegure repasse de custos supervenientes pelo Poder Concedente. Na relação jurídica estabelecida entre o Poder Concedente e o PIE, não há, portanto, o estabelecimento de tarifas, sendo estranha a essa relação jurídica tentativas de imputação de pretensões de desequilíbrio econômico-financeiro à avença, pois não há prévia delimitação de equivalência entre direitos e obrigações.³¹

A lógica da relação jurídica está fundamentada na liberdade que foi conferida ao PIE. Essa liberdade, decorrente do primado de regência do mercado – a livre iniciativa (*art. 170, caput*, da CF/88) –, desempenha um papel funcional. Foi concebida para que os interessados em explorar um bem público pudessem ter as melhores condições de avaliar e gerenciar os riscos inerentes à sua condição de produtores independentes de energia elétrica. O nome de batismo dado a esses geradores busca traduzir o papel de destaque desempenhado pela liberdade nas atividades que permeiam o seu regime. Conforme assinala Martin Chick³², o termo adotado no Brasil é o mesmo daquele introduzido pelas reformas liberalizantes nos

³¹ No processo nº 48500.000934/2001-19, a ANEEL posicionou-se favoravelmente à extinção da concessão da UHE Baú, por razão de “condições objetivas que importam no reconhecimento da legitimidade da vontade da concessionária em extinguir o vínculo obrigacional tido com o Poder Público. No caso concreto, tem-se uma concessão: (i) licitada sob a regra do maior pagamento pelo uso do bem público, com expressivo valor devido a esse título; (ii) sem licença prévia; (iii) sem cenário favorável para obtenção da licença prévia, tendo em vista as leis editadas pelo Município de Ponte Nova – MG; (iv) sem energia contratada; e (v) tendo transcorrido mais de dez anos de vigência da concessão sem obras iniciadas”, sem com isso reconhecer desequilíbrio econômico-financeiro da concessão.

³² CHICK, Martin. *Electricity and energy policy in Britain, France and the United States since 1945*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2007, p. 102.

EUA (*independent power producers*). É de se destacar que o trespasse de riscos à iniciativa privada não é exclusividade do PIE. O próprio conceito de concessão de serviço público pressupõe essa ideia. Com efeito, a Lei nº 8.987/95 assim a conceitua:

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.³³

A diferença radical entre o PIE e o concessionário de serviço público de geração reside no fato de que este último recebe uma outorga para prestar um serviço público predefinido, já havendo, portanto, um regime tarifário antecedente que viabiliza a prestação dessa atividade, com consequente parametrização entre direitos e obrigações. Nas hipóteses previstas na política tarifária, no edital e no contrato, será sempre possível aferir a consistência do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente estabelecido entre as obrigações assumidas pelo concessionário e sua adequada remuneração. A análise, por exemplo, de riscos supervenientes que venham a afetar significativamente as obrigações transferidas a um concessionário de serviço público poderão resultar no repasse às tarifas, a depender das condições do caso concreto. Mesmo turvada pela assimetria de informação que invariavelmente insiste em acompanhar essas situações, existem parâmetros objetivos que permitirão avaliar se perdura ou não o equilíbrio entre direitos e obrigações inicialmente formatado ou se, diversamente, o risco veio a tornar-se insuportável.³⁴

Já no regime de PIE, em princípio, não se cogitam essas hipóteses. Não há outorga para a prestação de um serviço público predefinido e tampouco se estabelece qualquer tarifa. Não há, do mesmo modo, parametrização entre as obrigações assumidas e o benefício econômico que poderá advir com a exploração do potencial hidráulico. O elemento central que informa seu regime jurídico se assenta no trespasse do risco. Ganim relembra que as concessionárias de uso de bem público, sob regime de PIE, não estão obrigadas a adotar o Manual de Contabilidade com o mesmo rigor que se espera de concessionárias de serviço

³³ Artigo 2º, II da Lei nº 8.987/95[grifos nossos]

³⁴ Para esses casos, um importante balizador ao aplicador do Direito é a previsão contida no artigo 10 da Lei nº 8.987/95: “Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.”

público.³⁵ E uma das razões para tanto refere-se ao fato de não se vincularem a um serviço predeterminado, o que abranda o exercício da fiscalização econômico-financeira da ANEEL sobre esses agentes. Na verdade, a modelagem típica de mercado conferida a esse tipo de outorga permite sua estruturação em *project finance*, na qual a captação de recursos necessárias para implantação da usina é exógena e advém a partir de uma análise de risco do fluxo de caixa projetado da obra, conferindo-se os próprios direitos emergentes da concessão, como a energia elétrica a ser produzida, bem como a receita decorrente dos contratos de compra e venda dessa energia, como garantias do financiamento.³⁶ Segundo Eduardo Barros das Chagas, “o *Project Finance* passou a fazer sentido econômico no Brasil a partir de meados da década de 1990, (...) quando se delineou a necessidade de novas fontes de recursos para elevados investimentos em infra-estrutura, então concedidos à exploração pela iniciativa privada, que não conseguia oferecer garantias reais suficientes às exigências dos financiamentos.”³⁷

b.1) O caso da UHE Ponte de Pedra

Para exemplificar o tratamento conferido ao PIE, é oportuno reservar algumas linhas para externar o entendimento da ANEEL acerca de pedido formulado pelo concessionário responsável pela exploração da UHE Ponte de Pedra. A UHE Ponte de Pedra foi outorgada por intermédio da Concorrência nº 01/98-ANEEL, tendo por critério de seleção o maior lance de pagamento de uso de bem público. O referido aproveitamento tem potência mínima instalada de 176 MW, localizado no rio Correntes, na divisa dos municípios de Sonora (MS) e Itiquira (MT), tendo sido outorgado à empresa de propósito específico constituída pelo consórcio vencedor do certame. Durante a disputa, o consórcio vencedor ofereceu lance representativo de ágio de 2.813,02% superior ao valor mínimo do uso do bem público proposto pela Administração Pública. Tal oferta foi cerca de 15% maior que a apresentada pelo outro consórcio concorrente. Após assinado o respectivo contrato de concessão, em

³⁵ O autor esclarece, contudo, que tais concessionários deverão manter o controle patrimonial dos bens reversíveis e adotarem as taxas de depreciação fixadas pela ANEEL. GANIM, Antonio. Setor Elétrico Brasileiro: aspectos regulamentares, tributários e contábeis. Brasília: Canal Energia - Synergia, 2009, p.431.

³⁶ Condizente com essa estruturação, o § 1º do artigo 19 do Decreto nº 2.003/96 assegura que: “O produtor independente e o autoprodutor poderão oferecer os direitos emergentes da concessão ou da autorização, compreendendo, dentre outros, a energia elétrica a ser produzida e a receita decorrente dos contratos de compra e venda dessa energia, bem assim os bens e instalações utilizados para a sua produção, em garantia de financiamentos obtidos para a realização das obras ou serviços.”

³⁷ CHAGAS, Eduardo de Barros. Project finance no setor elétrico brasileiro: Um estudo de caso da Usina Hidrelétrica de Barra Grande. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, 2006, p.24.

dezembro de 2003, o concessionário requereu a revisão do contrato de concessão, com espeque no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal e no que dispõe o art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/93, com vistas a recompor o “equilíbrio econômico-financeiro do contrato”, tendo em vista fatores de ordem geológica. Dentre os fatores de ordem geológica suscitados, destacava-se o desmoronamento parcial do túnel de fuga da usina.³⁸

A Diretoria da ANEEL não se convenceu acerca do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Dissociando-o do contrato de concessão de serviço público, entendeu que os riscos da atividade foram assumidos pelo PIE. Em consonância com opinativo jurídico ofertado à época pela Procuradoria Federal e manifestação técnica da Superintendência de Concessão e Autorização de Geração daquela autarquia, concluíra que:

55. No contrato de concessão de uso de bem público para exploração de potencial hidráulico por produtor independente, em relação ao valor estabelecido para o UBP, não há no ordenamento jurídico ou no próprio edital regra clara estabelecendo uma relação direta entre o valor do UBP e os custos para construção do empreendimento. A definição de tal valor é de competência do Poder Concedente, a partir de critério presumivelmente discricionário, dada a inexistência de definição ou detalhamento dos seus componentes na legislação e no edital de licitação. (...)

57. Diferentemente do contrato de concessão de uso de bem público, o contrato de concessão de serviço público de geração tem natureza jurídica de prestação de serviço público e a relação encargo – remuneração é previamente definida, devendo se manter durante toda relação contratual, por meio de instrumentos de controle do possível desequilíbrio: o reajuste ou a revisão de tarifas (estabelecidos no próprio contrato). Já no caso da concessão de uso de bem público para produtor independente, em que não há uma prestação de serviço público, pelas próprias características legais inerentes à exploração dessa atividade econômica não há uma relação encargo-remuneração pré-estabelecida no contrato (equação econômica-financeira) que exija das partes a observância de qualquer tipo de equilíbrio econômico-financeiro.

58. Ainda sobre essa questão do equilíbrio econômico-financeiro, interessante transcrever o entendimento da SCG/ANEEL, no Ofício nº 1743/2004, de 3 de dezembro de 2004, o qual “*mutatis mutandis*” guarda consonância com o que acima foi comentado. Aduziu a SCG/ANEEL que “...em relação ao equilíbrio econômico-financeiro, salienta-se que a exploração do potencial enquadra-se no regime de Produtor Independente de Energia – PIE, ficando por conta e risco do empreendedor a sua implantação. Dessa forma, não foi feita uma avaliação quanto ao desequilíbrio econômico-financeiro citado pelo empreendedor, considerando-se que a ANEEL não interfere no valor da energia comercializada pelos PIEs, cuja variação está de acordo com o mercado de energia elétrica, e entendendo-se

³⁸ A descrição completa dos fatos e dos pedidos formulados encontra-se no processo ANEEL nº: 48100.000854/97-63, de relatoria da diretora Joísa Campanher Dutra Saraiva.

que o valor proposto no leilão deve ter considerado os riscos do empreendimento.” (fls. 2151/2152).³⁹

Ainda sobre a liberdade que caracteriza o regime jurídico do PIE, a diretora relatora, Joísa Campanher D. Saraiva, pôde aduzir que:

44. Na hipótese da ocorrência de sobrecustos na implantação do aproveitamento hidrelétrico (em relação aos originalmente previstos pelo agente), devido, por exemplo, a fatores fora do controle do empreendedor (riscos de engenharia, caso fortuito, força maior, etc.), os seguros disponíveis no mercado para a execução de obras civis/instalações e montagens oferecem a cobertura de riscos necessária, como visto anteriormente.

45. Todavia, se por qualquer razão esses custos adicionais não forem reconhecidos/suportados por Seguradora(s), ainda assim teria o concessionário de uso de bem público a possibilidade de repassá-los, total ou parcialmente, ao comprador da energia por ele produzida (no caso da PPESA, via contrato bilateral), especialmente se pactuada a venda após a identificação dos problemas ensejadores dos sobrecustos. É o que parece ter ocorrido por ocasião da comercialização da energia oriunda do AHE Ponte de Pedra.”⁴⁰

Por todas essas razões, a ANEEL resolveu denegar os pleitos de revisão contratual suscitados pela UHE Ponte de Pedra, concluindo que a responsabilidade por todas as fases de execução do projeto seriam do PIE.⁴¹

O precedente também evidencia o tratamento tipicamente empresarial que se reclama de um PIE. A seguir, melhor se explica no que isso consiste.

b.2) O tratamento empresarial reservado ao PIE

Ao regulamentar o conceito contido na Lei nº 9.074/95, o Decreto nº 2.003/96 busca acentuar a percepção por conta e risco atribuída às atividades do PIE, também reforçada pela

³⁹ *Ibidem.*

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ “à luz do Contrato de Concessão, o projeto e a execução da obra devem correr por conta e risco do empreendedor. Nesse sentido, levando-se em conta que a alteração do arranjo do aproveitamento não se configurou por uma eventual inexecução do projeto licitado, a responsabilidade pelas soluções adotadas e pela execução da obra, mesmo num ambiente geológico desfavorável, é do empreendedor”. *Idem.*

obrigatoriedade de a outorga ser conferida necessariamente a uma pessoa jurídica, seja isoladamente ou em consórcio com outras empresas. Tem-se na redação do Decreto:

Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I - Produtor Independente de Energia Elétrica, a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco

Como se vê, a produção da energia será sempre voltada ao comércio – toda ou parte dela, visto que o PIE também poderá autoconsumir parcela da energia gerada. Em todos os casos, isso se dará por sua conta e risco. Ao se exigir que a outorga seja conferida a uma pessoa jurídica ou a empresas reunidas em consórcio, a legislação estabeleceu diferenciação entre o PIE e o autoprodutor de energia elétrica, que, neste último caso, também poderá ser uma pessoa física.⁴² Em decorrência do fato de a energia elétrica ser destinada ao comércio, o PIE tem que ser, para todos os efeitos, considerado e tratado como empresário. Um autoprodutor, diferentemente, pode ser um agricultor rural que não tenha interesse em receber tratamento empresarial.⁴³

Nesse aspecto, a legislação do setor de energia harmoniza-se com a sistemática prevista na legislação civil. O Código Civil de 2002 unificou as obrigações civis e comerciais, tratadas até então em separado pelos Códigos Civil de 1916 e Comercial de 1850. Criou, para tanto, um livro novo, sem correspondência no Código de Bevilacqua. Trata-se do Livro II, batizado de Direito de Empresa, com 230 artigos (art. 966 a 1.195). Substituiu-se a terminologia consagrada de Direito Comercial para Direito Empresarial, visto que a empresa – e não mais os atos de comércio – passou a ser o centro explicativo dessa área do Direito. Gradativamente, a teoria dos atos de comércio, que teve sua aceitação espalhada após as revoluções liberais burguesas do século XVIII e sua incorporação pelo Código Napoleônico de 1808, foi sendo substituída pela teoria da empresa. Pela teoria da empresa, os instrumentos jurídicos que viabilizam o funcionamento do mercado passam a ser mais bem entendidos a partir da compreensão da atividade realizada pelo empresário, visto que a empresa, ou, para utilizarmos a expressão legal, a sociedade empresária é justamente “a sociedade que tem por

⁴² “Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se: (...) II - Autoprodutor de Energia Elétrica, a pessoa física ou jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao seu uso exclusivo.” Decreto nº 2.003/96.

⁴³ O Código Civil faculta ao produtor rural receber ou não o tratamento de empresário, conforme arts. 970 e 971.

objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro” (art. 982 do Código Civil). E, segundo o Código Civil:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Os atributos que qualificam o empresário consistem, portanto, no: (i) exercício de uma atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens e (ii) desde que o faça profissionalmente. Carvalho de Mendonça conceitua empresa como organização técnico-econômica que se propõe a produzir, mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços, destinados à troca (venda), com esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob a sua responsabilidade. (...) Este conceito econômico de empresa é o mesmo jurídico, e o direito comercial considera empresa apenas aquela que apresenta caráter mercantil”⁴⁴.

Vê-se que o conceito de empresa é decorrente do conceito de empresário. E, nesse particular, o conceito de empresário muito se assemelha ao de comerciante. Pontes de Miranda conceitua comerciante como:

quem faz da mercancia profissão habitual (Código Comercial, arts. 3º e 4º), em seu próprio nome. (...) A lei procura regularizar o exercício da profissão de comércio, porque lhe atribui *direitos e prerrogativas*, isto é, direitos e prerrogativas que resultam da incidência de regras jurídicas em cujo suporte fáctico está o elemento necessário da qualidade de comerciante.⁴⁵

De modo similar, Rachel Sztajn descreve a empresa ressaltando-a como um centro organizado gerenciador de riscos. Valendo-se do referencial teórico do jurista italiano Buonocore, faz percuciente análise quanto ao atributo da organização da atividade econômica, tema em que, como destaca, “o jurista não tem domínio exclusivo, (...) [daí] a necessidade de recorrer a outros ramos do conhecimento para entendê-lo”:

⁴⁴ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. Tratado de direito comercial brasileiro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, Vol. 1, 1955, p. 503.

⁴⁵ MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado - Parte Especial, Tomo XXVIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 3.

Organização parece ser o elemento central, essencial, necessário e suficiente, para determinar a existência da empresa, porque gera o aparato produtivo estável, estruturado por pessoas, bens e recursos, coordena os meios para atingir o resultado visado. Tanto a organização de pessoas, centrada nas relações de trabalho subordinado, cuja disciplina é a dos contratos de trabalho, quanto a organização dos meios patrimoniais (recursos e bens) para o exercício de uma atividade, estão presentes no desenho da empresa.⁴⁶

É inolvidável que o PIE exerce atividades econômicas organizadas para produção ou circulação de bens. Consistem na geração e comercialização de energia, que, segundo a definição legal, serão voltadas para o comércio, de toda ou parte da energia. E também é inegável que o exercício dessas atividades se dá em caráter profissional, visto não serem esporádicos ou acidentais, mas sim constituírem permanentemente o dia a dia de seus afazeres, tendo a organização que for atribuída por cada estrutura empresarial, conforme a liberdade assegurada pelo regime. A conclusão, portanto, é que, para todos os efeitos do Direito Empresarial, o PIE tem que ser tratado como empresário, pois há perfeita subsunção do fato ao tipo, o que pressupõe reconhecer a assunção dos riscos da atividade econômica em consonância com todos os demais empresários que atuam nos demais mercados. O fato de haver regulação e fiscalização específica dessa atividade não desnatura essa realidade.

Não é demais ressaltar que todo empresário explora um segmento de mercado com escopo lucrativo. É a busca saudável pelo lucro que assegura a manutenção de um agente econômico no mercado. A legislação definidora das infrações contra a ordem econômica – Lei nº 12.529/11 – caracteriza a conduta de venda de produtos abaixo do preço de custo como uma infração às regras de mercado caso não haja uma justificativa para tanto (art. 36, §3º, XV). Isso acontece porque a conduta de venda de bens abaixo do valor de custo é irracional e contrária à lógica de regência do mercado. Essa irracionalidade só não se verifica nos casos de preços predatórios⁴⁷, posto que aí o objetivo passa a ser justamente eliminar concorrentes para

⁴⁶ SZTAJN, Rachel. Teoria jurídica da empresa: Atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004, p. 128-129.

⁴⁷ Calixto Salomão aduz que o “padrão mais genérico é o bom senso negocial, ou seja, um empresário sensato não visa ao prejuízo. Além do padrão de cuidado, esse bom senso negocial constitui um padrão de lealdade dentro do mercado, muito importante na análise do intuito predatório e do direito concorrencial em geral. (...) Por essa razão, conclui o autor, “cumprirá, então, à empresa acusada, na forma do artigo 21, XVIII, da lei brasileira, demonstrar que há justificativa para seu ato. Essa justificativa pode estar na transitoriedade do ato, no caráter meramente promocional do desconto, na sua absoluta necessidade para contornar crise conjuntural, na existência de capacidade ociosa que geralmente acompanha esse tipo de crise e que transforma a curva de custos variáveis médios em um substituto mais conveniente para a curva de custos marginais.” SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial - as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003, p.177-184.

então se praticarem preços mais altos, capazes de recuperar os prejuízos verificados no período de venda abaixo do valor de custo, o que caracteriza, portanto, prática infracional justamente por importar na dominação espúria de mercados. Logo, uma das conclusões dessa premissa consiste em reconhecer que a manutenção de certos ganhos lucrativos assegura a existência de ofertantes no mercado competitivo. E o meio de se auferir riquezas no mercado é o gerenciamento eficiente do risco inerente a uma dada atividade. Esse é o bônus para o empresário bem sucedido em sua empreitada. Mas, para que a exploração do mercado se dê, é preciso que o empresário assuma os riscos inerentes àquela atividade. Por mais paradoxal que uma primeira leitura possa sugerir, em contrapartida à possibilidade de ganhos, a assunção de riscos representa um ônus ao empresário. Isso fica mais claro quando se discutem temas que envolvem imputação de responsabilidade civil. Nesse tipo de demanda, a primeira tarefa do operador do Direito consiste em identificar a quem deve ser imputado o dever de indenização pelos prejuízos gerados. Para tanto, é imprescindível avaliar como o ordenamento jurídico distribui a alocação de riscos, pois não se pode imputar dever de indenização a quem não se encontrava obrigado a suportar seus efeitos. No Direito Empresarial, vê-se que “as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação” (art. 931 do Código Civil). Se um dano é causado por um fato decorrente de determinado produto oferecido no mercado, há dever de indenização por parte da empresa, independentemente de culpa. Vê-se que o risco é, portanto, atribuído às empresas em caráter tipicamente objetivo, decorrente do fato de explorarem determinado segmento de mercado. Esse mesmo entendimento deve ser estendido ao PIE, que, tal como discutido, empresário também o é, o que permite concluir que há perfeita compatibilidade entre o comando contido no artigo 931 do Código Civil e a norma prevista no artigo 25 da Lei nº 8.987/95, também aplicável ao PIE por conta da redação contida no artigo 4º da Lei nº 9.074/95.⁴⁸

A assunção dos riscos, portanto, aliada à liberdade na forma de explorar o potencial hidráulico e, por consequência, na definição do preço de comercialização da energia, irá

⁴⁸ Dispõe a Lei nº 8.987/95, em seu artigo 25: “Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenue essa responsabilidade” [grifos nossos]. Na cláusula sétima – Encargos da concessionária e condições da exploração da UHE – há redação padrão nos contratos de concessão que a concessionária assume todas as responsabilidade e encargos relacionados com a UHE, “respondendo perante o Poder Concedente e a ANEEL, usuários e terceiros, pelas eventuais consequências danosas da exploração da UHE”. O mesmo ocorre com a previsão contida no artigo 2º, I da Resolução Normativa ANEEL nº 389/09, que estabelece os direitos e obrigações aplicáveis a todos os PIEs e Autoprodutores.

permitir ao PIE ter condições necessárias para o balizamento na tomada de decisão sobre (i) onde, (ii) quando, (iii) como e (iv) quanto investir na geração de energia elétrica no país, pois o preço que será cobrado pela energia individualizada de cada usina dependerá do sucesso no gerenciamento, da forma mais eficiente possível, dos riscos associados à atividade econômica, permitindo-se, ao final, cobrar um valor capaz de cobrir os custos da atividade, acrescido da margem de lucro.

c) Os preços

Até agora, muita menção foi feita a preços. Cabe melhor refletir o que esse conceito busca encerrar. Não se concebe forma de melhor compreendê-lo senão pelo estreitamento entre o campo econômico e o jurídico, visto que sua noção pressupõe a assimilação do postulado da escassez, tendo, pois, forte carga descritiva.

Os preços, como será ressaltado no capítulo 3, não podem ser compreendidos dissociados de escolhas que refletem a escassez dos bens. No resumo da essência do dilema econômico, Wonnacott e Wonnacott acentuam que:

todos os desejos não podem ser satisfeitos devido a um segundo fato fundamental. Embora nossa capacidade produtiva seja grande, não é sem limite. Existe um certo número de pessoas na força de trabalho, e dispomos de uma quantidade determinada de máquinas e fábricas. Em outras palavras, os nossos recursos são limitados. (...) Portanto, enfrentamos a necessidade de fazer escolhas.⁴⁹

Em razão da necessidade de serem feitas escolhas, vê-se que o preço assume um papel fundamental. Um investidor racional só irá alocar seus recursos em geração de energia no país se o retorno dessa atividade se mostrar atrativo. Caso contrário, escolherá outro segmento. No caso da Usina Hidrelétrica de Jirau (UHE Jirau), o custo estimado da obra estava orçado em R\$ 8.699.124.120,00 (oito bilhões, seiscentos e noventa e nove milhões, cento e vinte e quatro mil e cento e vinte reais), em valores referentes a outubro de 2007⁵⁰. Nesse montante não estão acrescidos os custos com recolhimentos de tributos e encargos setoriais. Certamente

⁴⁹ WONNACOTT, Paul; WONNACOTT, Ronald. Economia. Tradução Yeda Crusius e Carlos Crusius. São Paulo: McGraw-Hill, 1982. p.20-21.

⁵⁰ Valor estimado pela Empresa de Pesquisa Energética para definição do preço teto do Leilão - Anexo II do Edital nº 05/2008 – ANEEL, disponível em http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/editais_geracao. Acesso em 09 de outubro de 2010.

ninguém estaria disposto a sacrificar tamanha monta de recursos se o retorno não compensasse. O preço irá traduzir a expectativa de retorno definida.

Contudo, o fato de haver uma perspectiva de retorno não permite confundi-lo com garantia de lucratividade. Isso seria contrário a tudo que se cogitara até então sobre trespasse de risco, bem como as características que informam a concessão de uso de bem público do PIE. O que é garantido ao PIE é a propriedade do resultado da exploração do potencial hidráulico, tal como já discutido. No setor elétrico, essa propriedade vem materializada por intermédio do conceito de Garantia Física de energia e potência de um determinado empreendimento. É por meio da garantia física que se quantifica o montante máximo de autoconsumo ou comercialização de energia atribuído a um PIE sobre determinado empreendimento. A definição desse conceito está contida no §2º, do artigo 2º, do Decreto nº 5.163/04:

§ 2º A garantia física de energia e potência de um empreendimento de geração, a ser definida pelo Ministério de Minas e Energia e constante do contrato de concessão ou ato de autorização, corresponderá às quantidades máximas de energia e potência elétricas associadas ao empreendimento, incluindo importação, que poderão ser utilizadas para comprovação de atendimento de carga ou comercialização por meio de contratos.

A atratividade da atividade de geração de energia sob regime de PIE dependerá, portanto, da quantidade de garantia física que foi atribuída ao empreendimento, visto que, em um regime jurídico sem garantia de lucratividade e carregado pela assunção dos riscos, a única certeza que será conferida ao PIE é a apropriação do resultado da exploração do bem público. E cabe destacar que mesmo o montante de Garantia Física inicialmente atribuído ao empreendimento não é um valor firme, visto depender da confirmação fática dos elementos referenciais de estatística, hidrologia, e dos outros estudos que serviram de embasamento para sua definição preliminar. É, portanto, mais um elemento, por conta e risco, a ser avaliado e dimensionado pelo PIE, que só saberá qual é o montante efetivo de garantia física de seu empreendimento após a conclusão das obras e confirmação dos dados que embasaram os estudos de inventário e de viabilidade técnica-econômica do empreendimento. Essa ideia vem materializada nos editais de licitação da ANEEL, que, no caso da UHE Jirau, assim se mostra redigido:

7.4 Não serão consideradas quaisquer reclamações baseadas em possível inadequação ou inexatidão dos estudos realizados ou no desconhecimento das condições locais, relativamente a materiais de construção, mão-de-obra, equipamentos, pluviosidade, hidrologia, geologia, geotecnia, topografia, estradas de acesso, infra-estrutura regional, meios de comunicação, condições sanitárias e demais fatores que possam influenciar o prazo de execução, as licenças a serem obtidas, a quantidade de energia gerada e o valor do investimento global correspondente à Usina Hidrelétrica.⁵¹

A garantia física atribuída à UHE Jirau foi de 1.975,3 MW médios, individualizados pelas 44 unidades geradoras que conformaram o estudo de viabilidade disponibilizado como parâmetro inicial para o leilão da usina. Apesar de expressivo, não é só o montante da GF que conduz a tomada de decisão de se investir em geração de energia. Como a outorga desses empreendimentos se dá por intermédio de leilões de comercialização de energia no ACR, o preço teto que será definido para o certame é também de fundamental importância.

A Lei nº 10.848/04 mudou a forma de se outorgarem os novos empreendimentos de geração de energia elétrica. No modelo previsto pela Lei nº 9.648/98, o critério definidor do vencedor nas licitações de geração era atribuir a outorga a quem se propusesse a pagar o maior valor pelo uso do bem público. Definido o vencedor da usina, o PIE poderia negociar livremente – tanto em relação a preço, condições de contratação e destinatário – a garantia física que lhe fora atribuída, por intermédio de contratos bilaterais de compra e venda de energia – os chamados PPAs (*Power Purchase Agreement*). No modelo instaurado pela Lei nº 10.848/04, criaram-se dois ambientes de comercialização de energia. A outorga de geração, no ACR, é dada a quem se propõe vender energia ao menor preço às distribuidoras a serem supridas. Em um só certame, há dois negócios jurídicos estabelecidos com o vencedor da licitação: (i) é conferida outorga de geração pelo prazo de 35 anos e (ii) é estabelecida obrigação de suprimento de energia às distribuidoras que declararam suas necessidades de compra ao MME, por intermédio de Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado (CCEARs), que foram concebidos em substituição aos PPAs.

Passa a ser fundamental, portanto, para o balizamento do preço a ser oferecido pelos interessados em obter outorgas de PIE, saber qual será o preço teto a reger a licitação de comercialização de energia no ACR, bem como o percentual de energia que deverá ser alocado a esse mercado. Somente com esses parâmetros bem assimilados, pode-se pensar em consensos livremente estabelecidos, visto ser justamente essa a noção que o conceito de preço

⁵¹ Anexo II – Edital nº 05/2008.

busca consagrar. Em uma perspectiva mais descritiva e menos prescritiva, mercado deve ser compreendido, como assinalam Wiliam Mitchell e Randy Simmons, como:

um conceito abstrato que se refere aos arranjos feitos pelas pessoas para trocar bens e serviços umas com as outras em todos os aspectos da vida econômica. Assim trata-se de um processo, em vez de um lugar claramente definido ou de algo que podemos observar facilmente, mesmo que alguns mercados estejam localizados em lugares específicos.⁵²

A licitação representa o momento em que o Poder Concedente, por intermédio da ANEEL, oferece ao mercado a oportunidade de se explorar um potencial hidráulico (bem público) e dele extrair ganhos econômicos em razão de sua exploração. Não se garante remuneração fixa, tampouco que o montante de garantia física inicialmente fixado seja definitivo, por mais esmero que haja no procedimento prévio que permite o oferecimento desse bem ao mercado. Assegura-se, tão somente, que o montante que resultar da exploração daquele potencial hidráulico seja atribuído ao PIE. Utiliza-se como parâmetro objetivo decisório que a atribuição desse direito recaia sob aquele que se propuser a oferecer o menor preço de venda da energia, ainda a ser gerada, mediante a exploração de um potencial hidráulico específico, para suprimento das necessidades das distribuidoras.

O preço que será oferecido pelos licitantes é informado, portanto, por livre avaliação das condições objetivamente compartilhadas por todos (preço teto, garantia física inicialmente atribuída, custos estimados de obras, montante de alocação de energia ao ACR), com o grau de informação que cada um possui sobre a obra e, principalmente, centrado pela liberdade e a assunção de riscos que caracterizam a outorga sob esse regime específico, segundo a perspectiva de retorno concebida individualmente por cada participante do certame.

Vê-se, na verdade, que o preço oferecido pelo licitante vencedor sintetiza o conceito de mercado a que Weber se referia, enquanto objetividade social só compreensível “quando pelo menos por um lado há uma pluralidade de interessados que competem por oportunidades de troca”⁵³. Há perfeita identificação dessa noção com o objetivo compartilhado por todo procedimento licitatório consistente no propósito de selecionar a proposta mais vantajosa para

⁵² MITCHELL, Wiliam C; SIMMONS, Randy T. Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia. Tradução: Jorge Ritter. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, p. 35.

⁵³ WEBER, Max. Economia e sociedade. Brasília: UnB, 1995, p. 419.

a Administração (artigo 3º da Lei nº 8.666/93)⁵⁴. Certamente, licitantes mais avessos a riscos tenderão a refletir essa aversão em preços mais altos. Mas, se os preços se tornam mais altos, correm o risco de não se sagrarem vencedores em um procedimento competitivo. Há, portanto, uma verdadeira troca permeando todo o procedimento de formalização de vínculo entre o Poder Público e a iniciativa privada, só realmente inteligível a partir do estreitamento do diálogo entre o Direito e a Economia, tal como referido por Posner.⁵⁵

A expansão da geração de energia no país é viabilizada por mecanismos típicos de mercado. Os elementos que conformam o regime jurídico atribuído ao PIE não são passíveis de serem adequadamente compreendidos por uma percepção exclusivamente formal. Sua estruturação advém de uma racionalidade econômica assentada no trespasse do risco de implantação e comercialização da energia à empresa, na qual liberdade e preços livremente estabelecidos notabilizam-se como seus elementos centrais. Esse regime tem sido utilizado pelo Poder Público para cumprir os objetivos gerais dispostos na Lei nº 9.478/97, de acordo com o Planejamento Decenal da expansão da Energia (PDE).⁵⁶

⁵⁴ Dispõe a Lei nº 8.666/93: “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

⁵⁵ “*Escribo este libro con la convicción de que la economía es una herramienta poderosa para analizar un vasto conjunto de cuestiones legales, pensando al mismo tiempo que la mayoría de los juristas e y los estudiantes de derecho (incluso los muy brillantes) tiene dificultades para relacionar los principios económicos con los problemas legales concretos.*” POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. Tradução Eduardo L. Suárez. México: Fonde Cultura Económica, 1998. p. 11.

⁵⁶ “O objetivo do planejamento da oferta de energia elétrica para o horizonte decenal é apresentar a configuração de referência para a expansão da geração e das principais interligações dos sistemas regionais, atendendo aos critérios de sustentabilidade socioambiental e de garantia de suprimento. Os resultados dos estudos permitem, por outro lado, subsidiar o processo licitatório para expansão da oferta de energia elétrica e garantir o abastecimento adequado para o crescimento do país.” Brasil, Ministério de Minas e Energia, Empresa de Pesquisa Energética - Plano Decenal de Expansão de Energia 2020 / Ministério de Minas e Energia. Empresa de Pesquisa Energética. Brasília: MME/EPE, 2011, p. 26.

Capítulo 2. Privatização, desestatização e a compreensão da geração de energia elétrica enquanto serviço público

Neste capítulo postula-se que, não obstante as ações de desestatização e privatização empreendidas, as atividades de geração não deixaram de ser compreendidas enquanto serviços públicos. Pretende-se sustentar que, diversamente do que interpretações formais-legalistas sustentam, o artigo 176 da CF/88 não deve ser compreendido de forma isolada, pois a diferenciação entre serviços públicos e as demais atividades econômicas radica em prescrições e tratamentos distintos para cada atividade.

Por meio de ações de desestatização e privatização, inseriu-se a lógica de mercado na prestação dessas atividades com o objetivo de atrair investimentos privados para o setor, daí a razão das mudanças promovidas no ordenamento jurídico. Essas mudanças, contudo, não alteraram o tratamento jurídico reservado às atividades de geração de energia elétrica, que, para todos os efeitos, devem continuar a ser tratadas enquanto serviços públicos.

Após discutir as ações de desestatização e privatização empreendidas, será debatida a sistemática constitucional conferida aos artigos 173, 175 e 176 da CF/88, bem como a diferenciação entre os poderes interventivos reservados às áreas caracterizadas como serviços públicos e aquelas compreendidas como atividades econômicas em sentido estrito, ressaltando a importância da contribuição da teoria francesa de serviços públicos para a compreensão da matéria. Se bem sucedido, ficará evidenciado que, pelo tratamento jurídico reservado à atividade de geração e por suas características, o Poder Público possui poderes dilatados para concretizar as políticas públicas do setor, o que privilegia decisões teleológicas que buscam direcionar a ação privada em prol do interesse público que continua a ser reclamado pela área, podendo, portanto, se valer de um conjunto de poderes instrumentais mais amplos que os previstos para atividades caracterizadas como típicas de mercado.

2.1. Privatizações e desestatizações

Para iniciar o enfrentamento dessas questões, é preciso rememorar o ciclo de privatizações e desestatizações que marcou a década de 90 no Brasil. Esse ciclo foi influenciado pelas experiências de desregulamentação e privatização de serviços públicos

(*public utilities*) ocorridas nos Estados Unidos da América e no Reino Unido, cujas experiências repercutiram em vários outros países, inclusive no Brasil, sendo possível identificar muita similitude entre os modelos lá adotados e as regras competitivas aqui implementadas, principalmente a partir da Lei nº 9.648/98. Tudo isso pode ser notado mesmo levando-se em conta as substanciais diferenças entre os regimes da *common law* e a nossa tradição assentada no modelo romano-germânico.

Nos Estados Unidos e no Reino Unido, segundo Martin Chick, o processo de privatização e desregulamentação, ocorrido no período do pós-guerra até os dias atuais, foi caracterizado pela incorporação de políticas públicas de forte conotação econômica, sobretudo de “*marginalist approach*”, privilegiando instrumentos privados reforçadores de competição para balizamento dos novos investimentos na expansão da geração.⁵⁷ Em sua rica contextualização histórica, o autor situa que, nos EUA:

In 1978, Congress passed the Airline Deregulation Act, the Natural Gas Policy Act and the Public Utility Regulatory Policies Act (PURPA). In terms of the contribution of each piece of legislation to what might be viewed as a programme of deregulation in the United States, the first opened the skies to airline competition, the second decontrolled the most expensive sources of new gas and established a schedule for future deregulation, and the third almost unintentionally pushed the electricity supply industry down the first few steps towards the deregulation and attempted liberalization of the industry and its markets. (...) In 1984, the same year in which AT&T was deregulated and long-distance calls made competitive, access to natural gas pipelines was liberalized. [...] By 1992, 60 per cent of new capacity in the United States was being built by independent power producers (IPPs) using mainly co-generation and renewable energy facilities.

Já no Reino Unido, viu-se que o início do processo de privatização se deu pelos serviços de utilidade pública de telecomunicações e gás, respectivamente em 1984 e 1986, tendo sido posteriormente implementado no setor de energia pela *Electricity Act* de 1989.⁵⁸ O

⁵⁷ O autor destaca que esse tipo de política foi adotado mesmo na França, que manteve o modelo estatal monopolizado da EDF. *Op. cit.*, p.110-111.

⁵⁸ “During the intervening decade of the 1980s, the British government initiated its programme of privatization. Among the large public utilities, first British Telecom and then British Gas were privatized in November 1984 and December 1986, respectively. With these two major privatizations privileging the transfer of ownership over the promotion of competition, it was not until the 1989 Electricity Act that an act of British privatization deliberately and firmly pursued both the restructuring and privatization of a nationalized industry with the specific intent of liberalizing its wholesale and, eventually, retail markets.(...) The privatization of the electricity supply industry in England and Wales by means of the 1989 Electricity Act was neither the first privatization of a utility nor the first attempt to liberalize a fuel and power market. In 1984 British Telecom had been privatized, and British Gas in 1986. In 1982, in the Oil and Gas (Enterprise) Act and in 1983 in the Energy Act, efforts had been made to encourage competition in the relevant markets (...).” *Ibidem*, p. 114.

modelo competitivo implantado no setor de energia elétrica daquele país muito se assemelha ao modelo criado pela Lei nº 9.648/98, com desverticalização das atividades e instituição de um operador independente para coordenar a operação do sistema. Destaca o autor:

Given the difficulties of restructuring and liberalizing after its privatization, the government resolved to effect the industrial restructuring required to introduce competition in the electricity supply industry before, rather than after, privatizing the industry. The barebones of such a restructuring required the competitive sections of the industry (for example, generation, marketing and retail supply) to be separated from the regulated sections (distribution, transmission, system operation) and access to the grid to be allowed on a fair basis for all (Joskow, 2005, p.38). Arrangements also needed to be made for an independent system operator (ISO) to manage the operation of the entire network. Competition would occur through a mix of long-term contracts and wholesale spot market trades, with retail tariffs unbundled to separate the price of retail power from the price for the use of distribution and transmission services. New entry would be encouraged in generation and retail supply (Newberry, 2005b)⁵⁹

A tônica da política adotada por esses dois países foi resumida pelo secretário de Estado de Energia britânico, Cecil Parkinson, como: *“Introduce competition where it is possible and regulation where it was not.”*⁶⁰ Não se deve descurar que o mundo vivenciava a fase de afirmação do capitalismo de mercado, enquanto modelo hegemônico, tendo como marco simbólico a queda do muro de Berlim em 1989, e o abandono de uma ordem global dicotômica, informada pela concorrência ideológica entre os países capitalistas e o bloco comunista, que marcou o período histórico da guerra fria. Alan Greenspan realça com forte entonação a consolidação hegemônica desse modelo em que o papel de protagonista é exercido pelo mercado em vez de um modelo estatal planejado.⁶¹

A influência da “Escola de Chicago” e o que se convencionou chamar de “consenso de Washington”, foram, de acordo com Dinorá Adelaide, grandes centros propagadores das

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ *Idem*, p. 114.

⁶¹ “O momento definitivo do capitalismo de mercado, contudo, foi a queda do Muro de Berlim, em 1989, revelando a situação de ruína econômica que predominava no outro lado da cortina de ferro, muito além das expectativas dos mais esclarecidos economistas ocidentais. O planejamento central se encarou como fracasso irremissível, fator que, reforçado pela desilusão crescente em relação às políticas econômicas intervencionistas das democracias ocidentais, contribuiu para a expansão discreta do capitalismo de mercado em boa parte do mundo. O planejamento central já não era mais tema de debates. Muito menos de apologias. A não ser em Cuba, na Coreia do Norte e num punhado de outros focos de resistência, a doutrina foi excluída da agenda econômica do mundo.” GREENSPAN, Alan. *A era da turbulência: aventuras em um novo mundo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.12.

novas ideias que foram adotadas pela política brasileira acerca do novo papel a ser exercido pelo Estado.⁶²

De fato, a estratégia de inserção internacional do Brasil no mundo globalizado, a partir das políticas econômicas adotadas pelos presidentes Collor de Mello, Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso, pressupunha as “liberalizações comerciais e financeiras”⁶³. Essas liberalizações mudaram a tônica da economia brasileira, caracterizando o ciclo de várias privatizações e concessões da década de 1990, delegando-se ao setor privado atribuições antes realizadas diretamente pelo Estado por intermédio das empresas estatais.

2.2. O modelo estatal vigente até a década de 90

Até a década de 90, o setor elétrico brasileiro tinha como protagonista as Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobrás), empresa estatal federal, constituída sob a forma de sociedade anônima pela Lei nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, e principal responsável pelos segmentos de geração e transmissão de energia elétrica, possuindo inserção em todo o país por intermédio de suas subsidiárias regionais (Eletronorte, Chesf, Furnas e Eletrosul).⁶⁴ Themistocles Brandão, após tecer considerações acerca da importância da criação da Eletrobrás, acentua que o propósito de criação da nova empresa não residia em “estabelecer o monopólio estatal da energia elétrica, senão a de ampliar a iniciativa estatal neste setor, sem

⁶² “O ressurgimento dos valores liberais deu-se após o descrédito das ideias keynesianas de intervenção do Estado na economia, embora de modo a garantir a manutenção do modo capitalista de produção. Costuma-se situar as origens destes delineamentos teóricos na ‘Escola de Chicago’, estribando-se, fundamentalmente, em dois eixos teóricos: o pensamento liberal de Friedrich Hayek – prêmio Nobel de Economia em 1974 – e o monetarismo de Milton Friedman – prêmio Nobel de Economia em 1976. Toma forma definitiva no chamado ‘consenso de Washington’, que indica algumas reformas básicas, como o combate ao déficit público, o aumento da carga tributária e a melhoria da eficiência dos mecanismos de arrecadação, a intensificação dos processos de privatização, e a desregulação da economia, dentre outras.” GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003, p.67.

⁶³ FERRARI FILHO, Fernando. Comércio Internacional e abertura econômica. In: SOBREIRA, Rogério; RUEDIGER, Marco Aurélio. Desenvolvimento e construção nacional: política econômica. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p.72.

⁶⁴ “Art. 1º Fica a União autorizada a constituir, na forma desta lei, uma sociedade por ações que se denominará Centrais Elétricas Brasileiras S.A., e usará a abreviatura ELETROBRÁS para a sua razão social.

Art. 2º A ELETROBRÁS terá por objeto a realização de estudos, projetos, construção e operação de usinas produtoras e linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica, bem como a (VETADO) celebração dos atos de comércio decorrentes dessas atividades.”

prejuízo da atividade privada”,⁶⁵ visto que a nova empresa exerceria funções delegadas do Poder Público em um país cada vez mais industrializado e carente de energia.

A atividade de distribuição ficava a cargo de empresas e órgãos dos governos estaduais, sendo a Eletrobrás controladora de duas distribuidoras que seriam posteriormente privatizadas, a Escelsa (no Espírito Santo) e a Light (no Rio de Janeiro). E, até 1998, ainda não existia a atividade autônoma de comercialização de energia.

O mecanismo de financiamento da expansão das atividades do setor elétrico se dava por intermédio de tributos, consistentes no Imposto Único de Energia Elétrica, instituído pela Lei nº 2.308, de 31 de agosto de 1954⁶⁶, assim como pelos empréstimos compulsórios. Estabelecida a infraestrutura, cobravam-se tarifas dos usuários em um regime que assegurava remuneração garantida aos concessionários. Em tal regime, os custos de cada segmento eram contabilizados e lançados como créditos ou débitos em uma conta específica, responsável pelo acertamento de diferenças entre credores e devedores, a chamada Conta de Resultados a Compensar (CRC). Segundo a Lei nº 5.655, de 20 de maio de 1971, a remuneração dos concessionários era assegurada pela legislação, e fixada pelo Poder Concedente, entre 10 e 12%, a ser computada no custo total da atividade.⁶⁷

Repleto de atores públicos, com fluxos de pagamentos assegurados pela legislação, não havia obrigatoriedade de formalização de contratos, visto que, ao final, as obrigações eram garantidas pelo Tesouro Nacional. Em um regime que, como o próprio nome indicava, buscava assegurar remuneração garantida a todos agentes com tarifas equalizadas por todo o país, o seu pressuposto de funcionamento se assentava no regular pagamento dos investimentos realizados, tenham sido eles feitos da forma mais eficiente ou não.

⁶⁵ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Tratado de Direito Administrativo. 5. ed. Rio de Janeiro: Bastos, 1964, p. 142.

⁶⁶ “Art. 3º A energia elétrica entregue ao consumo é sujeita ao imposto único, cobrado pela União sob a forma de imposto de consumo, pago por quem a utilizar.

“Parágrafo único. O imposto único de que trata esta lei não isenta nem aos seus contribuintes, nem as entidades produtoras, transmissoras, comerciantes e distribuidoras de energia elétrica, do pagamento dos impostos de renda e do sêlo, incidentes e processados nos termos das leis e regulamentos específicos, ficando, porém, mantidas, em sua plenitude, as isenções de impostos outorgadas pela legislação em vigor às referidas entidades.” Lei nº 2.308/54.

⁶⁷ “Art 1º A remuneração legal do investimento, a ser computada no custo do serviço dos concessionários de serviços públicos de energia elétrica, será de 10% (dez por cento) a 12% (doze por cento), a critério do poder concedente.” Lei nº 5.655/71.

Segundo Maurício Tolmasquim, “esse modelo funcionou bem até fim da década de 1970, quando a União passou a usar as tarifas das empresas do setor elétrico como instrumento de política monetária, a fim de conter a inflação”⁶⁸.

Pode-se dimensionar a situação deficitária desse modelo por ocasião da extinção da CRC. Naquela oportunidade, o Tesouro Nacional teve que despendar quase 20 bilhões de dólares para honrar suas obrigações.⁶⁹

Essa realidade só começa a mudar com a edição do Programa Nacional de Desestatização (PND) e com as sucessivas alterações legislativas que passam a reordenar não apenas o setor elétrico mas toda a economia nacional. Essas mudanças vieram acompanhadas da instituição de novas estruturas, que prestigiavam um regime informado pela gradativa desindexação da economia, liberalização de preços e inserção de regras competitivas. Nos setores ainda regulados, houve o surgimento de organismos mais dinâmicos, com estruturas diferentes das demais autarquias, com mandatos concedidos aos seus dirigentes e autonomia decisória reforçada pela perspectiva técnica, privilegiando a adoção de arranjos contratuais de definição de tarifas e preços públicos não mais por regimes pelo custo, ou de remuneração garantida, mas por preços livremente estabelecidos, com técnicas de estímulo à eficiência econômica e que assegurassem o efetivo trespasse dos riscos da atividade ao concessionário privado.

Esse novo cenário do setor elétrico teve por pressuposto, como sintetiza Adriano Rodrigues, “reduzir a participação estatal em atividades que poderiam ser exercidas por agentes privados, concentrando a ação do Governo em atividades de natureza social, que no setor elétrico se restringiram à indicação da política global e ao funcionamento do setor”⁷⁰. E isso se deu por meio da gradativa delegação à iniciativa privada de atividades anteriormente prestadas

⁶⁸ TOLMASQUIM, Maurício Tiomno. Novo modelo do setor elétrico. Rio de Janeiro: Synergia; EPE: Brasília, 2011, p. 5.

⁶⁹ O artigo 7º da Lei nº 8.631/93 extinguiu a Conta de Resultados a Compensar. [Art. 7º O regime de remuneração garantida e, em consequência, a Conta de Resultados a Compensar - CRC e a Reserva Nacional de Compensação de Remuneração - RENCOR, ficarão extintos na data de publicação do decreto regulamentador desta Lei.] Ao ser regulamentado, e revelado o saldo da conta, viu-se a obrigatoriedade do Tesouro Nacional despendar cerca de US\$ 19,8 bilhões para quitação das obrigações, o que dá uma dimensão do cenário de inadimplência e ineficiência por que passava o setor elétrico. Como referência histórica, são explicativas as razões determinantes ao veto Presidencial ao que seria o artigo 24 da Lei nº 8.987/95. Na Mensagem nº 181, de 13 de fevereiro de 1995, dirigida ao presidente do Senado Federal, naquela ocasião, justificou-se o veto por que “garantias como essa do estabelecimento de receita bruta mínima, além de incentivarem ineficiência operacional do concessionário, representam, na realidade, um risco potencial de dispêndio com subsídio pelo Poder Público. O caso mais recente foi o mecanismo instituído pela Lei nº 5.655/71, que criou a Conta de Resultados a Compensar (CRC), extinta, em 18.3.93, com a regulamentação da Lei nº 8.631/93, gerando dispêndios líquidos para a União da ordem de US\$ 19,8 bilhões.”

⁷⁰ RODRIGUES, Adriano Pires. DIAS, Danilo de Souza. Estado e energia elétrica: experiências internacionais de desregulamentação e o caso brasileiro. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994, p.106.

diretamente pelo Estado. Esta é considerada, inclusive, como uma das modalidades de desestatização prevista na Lei nº 9.491/97.⁷¹

Antônio Dias Leite, consultor participante dos debates que ensejaram a reformulação do modelo estatal outrora vigente – o grupo ficou conhecido como RE-SEB (Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro) –, contextualiza o embate ideológico que permeou o cenário de discussão do novo modelo.⁷²

A mudança na forma de atuação buscava, segundo Di Pietro, o almejado desenvolvimento econômico, tendo em vista o esgotamento da capacidade de financiamento do Estado, valendo-se, portanto, da “utilização de métodos de gestão privada, mais flexíveis e mais adaptáveis ao novo tipo de atividade”⁷³. O esgotamento da capacidade de financiamento estatal também é destacado por Luís Roberto Barroso como justificativa para a mudança da forma de atuação estatal.⁷⁴

O novo modelo adotado no Brasil, tal como se deu nos Estados Unidos e no Reino Unido, assentado numa perspectiva econômica embasada no custo marginal para a promoção da expansão da geração de energia, buscou privilegiar instrumentos compatíveis com um arranjo

⁷¹ “Art. 2º Poderão ser objeto de desestatização, nos termos desta Lei: (...)”

§ 1º Considera-se desestatização:

b) a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade.

c) a transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União, nos termos desta Lei.” Lei nº 9.491/97 - Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. DOU 10.09.97.

⁷² “Os comentaristas convidados, bem como outros que se manifestaram por vontade própria, estavam diante do que lhes parecia uma decisão de governo, predominantemente político-ideológica, de reduzir o Estado às suas atribuições essenciais, de privatizar empresas públicas e de institucionalizar abrangentes mercados competitivos.” LEITE, Dias Antônio. *A Energia do Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2. ed., 2007, p. 298.

⁷³ “À proporção que o Estado foi assumindo outros encargos nos campos social e econômico, sentiu-se a necessidade de encontrar novas formas de gestão do serviço público e da atividade privada exercida pela Administração. De um lado, a ideia de especialização, com vistas à obtenção de melhores resultados, que justificou e ainda justifica a existência de autarquias; de outro lado, e com o mesmo objetivo, a utilização de métodos de gestão privada, mais flexíveis e mais adaptáveis ao novo tipo de atividade assumida pelo Estado, em especial a de natureza comercial e industrial; em alguns países, como a Alemanha, isso foi feito com fins de socialização e, em outros, especialmente nos subdesenvolvidos, com vistas ao desenvolvimento econômico.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias da administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 57.

⁷⁴ “A constatação de que o Estado não tem recursos para os investimentos necessários e que, além disso, é geralmente um mau administrador, conduziu ao processo de transferência para o setor privado da execução dos serviços públicos. Mas o fato de determinados serviços públicos serem prestados por empresas privadas concessionárias não modifica sua natureza pública: o Estado conserva responsabilidades e deveres em relação a sua prestação adequada. Daí a privatização haver trazido drástica transformação no papel do Estado: em lugar de protagonista na execução dos serviços, suas funções passam a ser as de planejamento, regulamentação e fiscalização das empresas concessionárias. É nesse contexto histórico que surgem, como personagens fundamentais, as agências reguladoras. BARROSO. Luís Roberto. *Apontamentos sobre as agências reguladoras*. In: *Agências Reguladoras*. MORAES, Alexandre de. (coord). São Paulo: Atlas. p. 116-7.

típico de mercado, com maior liberdade para gestão da atividade, transferência de riscos, apropriação do resultado e estabilidade dos marcos decisórios.

Pretendia-se, na verdade, atrair investimento privado para o setor elétrico. O setor privado, no entanto, só se mostraria estimulado a investir se fosse assegurada perspectiva favorável de retorno, com regras suficientemente claras e informadas mais por fundamentos típicos de mercado que propriamente pelas intempéries oscilantes da política. Essas premissas são refletidas na estruturação conferida às Agências Reguladoras encarregadas de equacionar os interesses contrapostos nessas atividades.

Enquanto o país ainda experimentava os resultados das primeiras privatizações ocorridas no setor elétrico, Carlos Kawall Leal Ferreira, atuante junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), órgão com decisivo papel no financiamento das privatizações, concluía favoravelmente pelos resultados obtidos.⁷⁵

2.3. O Programa Nacional de Desestatização (PND)

O permissivo legal que embasou as ações de privatização e desestatização foi a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, fruto da conversão da Medida Provisória nº 155, de 15 de março de 1990, criadora do Programa Nacional de Desestatização (PND).⁷⁶ Essa lei tem em seu artigo 1º prescrições emblemáticas que bem resumem os objetivos visados com a nova postura estatal diante do meio econômico. Por meio desse programa, o país buscava:

- (i) reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;
- (ii) contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público;

⁷⁵ “Até o momento, a privatização do setor elétrico do Brasil provou ser bem-sucedida em termos de geração de receita através da venda de ativos, atração do capital estrangeiro para financiamento de um novo modelo competitivo e substituição de um ambiente no qual a maior parte das empresas era afetada por resultados fracos, alto endividamento e níveis baixos de investimentos.” BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL - BNDES. FERREIRA, Carlos Kawall Leal. Privatizações do setor elétrico no Brasil. p. 218. Disponível em http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/ocde/ocde06.pdf Acesso em 11 de julho de 2011.

⁷⁶ Lei nº 8.031/90. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Revogada pela Lei nº 9.491/97, mas sem alteração material quanto a esse dispositivo.

- (iii) permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;
- (iv) contribuir para a modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia;
- (v) permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; e
- (vi) contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, por meio do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

Na geração, o modelo típico de mercado se deu com a criação do PIE pela Lei nº 9.074/95. Seu regime jurídico consiste, tal como discutido no capítulo 1, em: (i) maior liberdade no objeto da outorga, que quando recai sobre empreendimentos hidrelétricos, consistirá na outorga de exploração de bem público (potencial hidráulico), sem a prévia determinação de construção de uma obra pública; (ii) maior assunção dos riscos subjacentes ao fato de se explorar um bem público, pois não há garantia de equilíbrio econômico-financeiro na concessão; (iii) definição de preços decorrentes de um consenso de livre estabelecimento, inclusive com percentual reservado ao ambiente de contratação livre, em decorrência dos leilões.

Na seara constitucional, a viabilização efetiva do PIE se deu por ocasião da promulgação da Emenda Constitucional nº 06, de 15 de agosto de 1995 (EC nº06/95). A referida emenda revogou o artigo 171 da CF/88, que estabelecia tratamento diferenciado entre empresas brasileiras e de capital nacional e os outros tipos de empresas, prescrevendo tratamento favorecido às empresas que fossem cumulativamente brasileiras e de capital nacional.⁷⁷ Em um mundo globalizado e inspirado pelas práticas liberalizantes vivenciadas

⁷⁷ Art. 171. São consideradas:

I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;
 II - empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

§ 1º - A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:

I - conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País;
 II - estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:

pelas principais economias ocidentais, deixaria de fazer sentido distinguir a nacionalidade do capital.

Foi também por meio da EC nº 06/95 que se alterou a redação contida no §1º do artigo 176. Em sua redação originária, a exploração de potenciais hidráulicos ficava restrita a “brasileiros” ou a “empresa brasileira de capital nacional”. A partir da EC nº 06/95, previu-se que essa atividade seria exercida por “brasileiros” ou “empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País”. Com a modificação de tratamento, possibilitou-se ao capital estrangeiro a exploração de atividades anteriormente restritas a brasileiros ou empresas de capital nacional. Foi a partir dessas alterações jurídicas que se iniciou o processo de desestatização do setor elétrico e remodelação de suas linhas estruturantes. A fim de salvaguardar os interesses do investidor estrangeiro entrante no país, a EC nº 06/95 trouxe dispositivo novo às Disposições Constitucionais Gerais da Constituição Federal que impedia a regulamentação, por medida provisória, de qualquer artigo da CF/88 cuja redação tivesse sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995.⁷⁸ A preocupação desse dispositivo era com a estabilidade dos marcos legais regulatórios, fundamental para estimular a atração de capital a ser alocado em infraestrutura, exigente de vultosas cifras, com altos custos irrecuperáveis e longo prazo de amortização.

Privatização é um termo com forte impacto social. Costuma significar tornar privado o que antes era público. Não é de se estranhar o porquê de sua simples menção suscitar tanta polêmica. Armando Castelar aduz, em pesquisa realizada com 741 magistrados brasileiros, que “é nas decisões envolvendo a privatização que a visão política do magistrado influencia mais acentuadamente o comportamento do juiz: de acordo com 25% dos entrevistados, nesses casos, a ‘politização’ das decisões é muito freqüente, e para 31% deles é algo freqüente.”⁷⁹

a) a exigência de que o controle referido no inciso II do “*caput*” se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia;

b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno.

§ 2º - Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional.”

⁷⁸“Art.246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995.” Esse artigo, depois alterado pela EC nº 32/01, serviu de parâmetro para se questionar a regulamentação do novo modelo do setor elétrico, promovida pela Medida Provisória nº 144, de 10 de dezembro de 2003, nas ADI nº 3090 e 3100.

⁷⁹ PINHEIRO, Armando Castelar. Direito, economia e mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.6.

Pela conceituação jurídica, o termo foi cunhado para envolver a alienação dos direitos da União que assegurassem, direta ou indiretamente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores de suas sociedades.⁸⁰ Em outras palavras, o que ficaria sempre privatizado seriam empresas estatais e não setores ou atividades econômicas. A apartação entre os setores livres à iniciativa privada e aqueles titularizados pelo Poder Público é tema constitucional, circunscrito àquela parte da Constituição que se costuma chamar de Constituição Econômica.⁸¹ Não caberia à legislação infraconstitucional cuidar desse tipo de matéria.

Contudo, algumas perspectivas de cunho formal-legalista postulam que, a partir de uma compreensão assentada na forma e nos regimes como se materializam as outorgas de geração, houve dissociação da atividade de geração de energia elétrica do campo conceitual caracterizador dos serviços públicos. Segundo Alexandre Santos de Aragão, esse seria o entendimento compartilhado por Geraldo Caldas e Maria Aparecida Fagundes.⁸² Além deles, parece coadunar com essa percepção Luis Gustavo Kaercher Loureiro, que compreende as atividades de geração simplesmente como reservadas à União, sem necessariamente associá-las aos serviços públicos.⁸³

Conferindo certa autonomia ao artigo 176 da CF/88, ao deferir a medida cautelar na ADI nº 2005-6, o Supremo Tribunal Federal chegou a entender que toda regulamentação do setor elétrico, advinda a partir da década de 90, em razão do seu caráter tipicamente liberalizante, estaria blindada pelas disposições constantes no artigo 246 da CF/88. Esse dispositivo, como discutido, limitara a edição de medidas provisórias. No voto do ministro Sepúlveda Pertence destaca-se que:

A conexão entre si de todas as alterações trazidas ao sistema de eletricidade [sic], antes fechado a empresas estatais, faz evidente a imbricação de todas as normas da medida

⁸⁰ Segundo o § 1º, do artigo 2º da Lei nº 8.031/90, “considera-se privatização a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade”.

⁸¹ “Constituição Econômica é uma especial focalização da matéria relativa à economia dentro da Carta Magna. (...) vem a ser, pois, o conjunto de normas voltadas para a ordenação da economia, inclusive declinando a quem cabe exercê-la, (...) é a parte da Lei Maior que cuida da regulação da vida econômica, fixando seus princípios fundamentais, determinando algumas regras básicas e definindo, por assim dizer, os atores principais da cena econômica.” BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito Econômico Brasileiro*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 72-79.

⁸² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2. ed, 2008, p.277.

⁸³ LOUREIRO, Luis Gustavo Kaercher. *Constituição, energia e setor elétrico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

provisória com a efetivação da abertura do setor ao capital privado, só autorizada pela alteração do art. 176, § 1º, da Constituição.⁸⁴

Considerados os parâmetros da política pública definidos para o setor de energia, discutidos no capítulo primeiro, e a sistemática constitucional conferida aos artigos 173, 175 e 176 da CF/88, pretende-se refutar esses entendimentos que postulam que a atividade de geração de energia elétrica tenha se dissociado do referencial teórico dos serviços públicos, pois a noção do que venha a constituir um serviço público reside tanto numa acepção formal como material, sem que se possa afirmar que tenha ocorrido ruptura de tratamento jurídico reservado à matéria por conta das alterações legislativas promovidas.

2.4. A noção de serviços públicos

A delimitação da noção de serviços públicos não encontra critérios uníssomos na doutrina pátria e estrangeira. Há relativo consenso, contudo, em atribuir à doutrina francesa papel de destaque na delimitação conceitual. Mônica Justen assinala que, no direito europeu, “todos os países apresentam, em maior ou menor grau, alguma influência do direito francês quanto a esse tema”⁸⁵. O mesmo ocorreu no Brasil, onde a teoria francesa obteve aceitação desde os primeiros esforços conceituais do tema, remontando-se ainda ao período imperial.⁸⁶

Na compreensão do conceito, papel de relevo é atribuído a Léon Duguit. Segundo ele, o fundamento do Estado não reside na soberania ou em qualquer outro elemento especial, mas sim na necessidade de prestar serviços públicos indispensáveis à coexistência social. Sua definição de serviços públicos, fortemente influenciada pelo pensamento de Durkheim, é assinalada como sendo “toda atividade cujo cumprimento é assegurado, regulado e controlado pelos governantes, por ser indispensável à realização da interdependência social, e de tal natureza que não pode ser assumida senão pela intervenção da força do governante”⁸⁷.

⁸⁴ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.005-6. Rel.: Ministro Nery da Silveira. DJ 19.04.2002, p. 377.

⁸⁵ JUSTEN, Mônica Spezia. A noção de serviço público no direito europeu. São Paulo: Dialética, 2003, p. 19.

⁸⁶ Nesse sentido, vide GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O serviço público e a Constituição brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁸⁷ DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*, 2. ed. V. II. Paris: Fontemoing, 1923, p. 55.

Residiria na relevância atribuída à atividade, segundo Duguit, indispensável à realização da interdependência social, a justificativa de se conceber um regime jurídico diferenciado a reger os serviços públicos, em que se prestigiaria a presença de prerrogativas especiais em favor do Poder Público como forma de se assegurar a efetivação dessas atividades em favor da coletividade.

A noção de *puissance publique*, entendida como elemento de poder e autoridade, seria justificada, portanto, como meio para se possibilitar a prestação dos serviços públicos indispensáveis, daí por que os poderes especiais reservados ao Estado – também chamados de “exorbitantes”, ou seja, fora da órbita do direito civil – seriam eminentemente instrumentais, o que permitiria sempre vinculá-los a um dever.⁸⁸ Como assinala Bandeira de Mello⁸⁹, Duguit chegou a afirmar que o Estado nada mais seria senão um conjunto de serviços públicos. E nisso resumiria sua teoria de Estado.

⁸⁸ Segundo o ordenamento positivado brasileiro, vê-se a consagração da presença das cláusulas exorbitantes em diversos diplomas legais. A Lei nº 8.666/93, norma geral de disciplina dos contratos administrativos para todos os entes da Federação, reforça a presença do regime jurídico diferenciado com várias cláusulas exorbitantes. Dentre outros dispositivos, destacam-se:

“Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. (...)”

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual. (...)”

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei; (...)”

⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 43.

Essa noção, de cunho eminentemente material, é posteriormente ampliada pelas contribuições de Hauriou e Jèze. Hauriou a complementa ao assinalar que o serviço público é uma organização criada por uma pessoa administrativa, tendo em vista a satisfação de uma necessidade coletiva. É essa organização que vai definir a estrutura para a prestação das atividades, a função dos agentes públicos envolvidos e o regime jurídico aplicável, caracterizado pela presença da *puissance publique*. Tem-se a percepção do critério orgânico como forma explicativa do serviço público.

Já a contribuição de Gaston Jèze é, na verdade, uma crítica à concepção material proposta por Duguit. Para Jèze, a definição material de serviço público seria vaga e imprecisa, razão pela qual propôs compreender os serviços públicos por uma ótica exclusivamente subjetiva ou formal. Para ele, serviço público seria toda atividade elegida pelo governante ou legislador como sendo serviço público. Na sua definição, falar-se-ia em serviço público quando as autoridades de um país, em determinada época, decidissem satisfazer as necessidades de interesse geral mediante o procedimento de serviço público⁹⁰, caracterizado por ser dissociado das demais atividades típicas de mercado.

Essas contribuições serviram para consolidar a compreensão de que os serviços públicos possuem um regime jurídico específico, influenciando, por consequência, a própria noção de responsabilidade administrativa.

A consolidação que permitiu a compreensão de um regime jurídico diferenciado para o trato de questões públicas, além das contribuições doutrinárias francesas, adveio com os posicionamentos exarados pelo Tribunal de Conflitos francês. O sistema jurisdicional francês consagra uma típica apartação de competências entre a chamada jurisdição ordinária e a jurisdição administrativa. Demandas que envolvem atuação estatal não são de competência do Poder Judiciário, mas sim do Conselho de Estado. Se atualmente a noção de serviços públicos ainda é capaz de suscitar fundadas discussões, é de se esperar que, enquanto estavam sendo forjadas suas características iniciais com maior recorrência, se dessem as divergências na delimitação de competência entre os órgãos envolvidos para julgamento das causas. Mônica Spezia assinala que “tanto o Conselho de Estado quanto a Corte de Cassação tinham opiniões de que sua própria jurisdição, administrativa (para o Conselho) ou comum (para a Corte de Cassação), deveria prevalecer sobre a outra”⁹¹. Para dirimir essas questões, foi instituído, em

⁹⁰ JÉZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Tomo II, Buenos Aires: Depalma, 1949, p.5.

⁹¹ JUSTEN, Mônica Spezia. A noção de serviço público no direito europeu. São Paulo: Dialética, 2003, p. 22.

24 de maio de 1872, o Tribunal de Conflitos, que teria a atribuição de resolver as questões de competências envolvendo o Conselho de Estado e a Corte de Cassação.

Um dos importantes julgamentos realizados pelo Tribunal de Conflitos francês, que acabou por reconhecer a competência do Conselho de Estado, foi o acórdão Blanco. Tratou-se de definir a competência para julgamento de demanda de reparação contra a Municipalidade, em razão de a menina Blanco ter sofrido danos físicos, decorrentes de acidente entre vagões em instalações de manufatura de tabaco, em Bordeaux, causado por agentes da municipalidade. Em 8 de fevereiro de 1873, o Tribunal de Conflitos entendeu que, por se tratar de um serviço público, a causa deveria ser analisada segundo as regras de responsabilidade que regem os serviços públicos e não simplesmente pela aplicação do Código Civil, que se reportaria às obrigações entre particulares. Renam Le Mestre consigna a fundamentação central do *affaire Blanco*: “*La responsabilité, qui peut incomber à l’État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu’il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil pour les rapports de particulier à particulier*”⁹².

Teve-se, a partir daí, o reconhecimento de que a percepção de responsabilidade administrativa deveria estar sujeita a um regime de responsabilidade pública, diferentemente do regime de Direito Civil. Benoit reconhece que, a partir desse julgamento, colocou-se um “fim nas tentativas de se considerar a jurisdição comum como competente para julgar questões de responsabilidade de Estado”⁹³,

Outro expressivo julgamento foi o acórdão Terrier. Por meio dele, o Conselho de Estado reconheceu a ampla abrangência do regime de responsabilidade que envolve o serviço público, abandonando a tradicional distinção entre atos de autoridade e atos de gestão, para assentar a responsabilidade administrativa diante de obrigações que envolvessem dever de indenização. O caso se referia a uma demanda proposta por um cidadão que visava obter da Municipalidade a condenação no pagamento do prêmio oferecido às pessoas que se habilitassem a caçar cobras que assolavam a região. Executado o serviço, a Municipalidade de Saône-et-Loire recusou o pagamento a alguns caçadores, dentre eles Terrier, alegando que a verba para esse fim havia se esgotado. Segundo o conselheiro Romieu, as regras de direito administrativo não poderiam ser derogadas pela simples alegação de que se tratava de ato de

⁹² LE MESTRE, Renam. *Droit du service public*. Paris: Gualino editeur, 2003, p.24.

⁹³ Apud JUSTEN, Mônica Spezia. *Op. cit.*, p. 25.

gestão da Municipalidade. Segundo o conselheiro, tudo que se referisse à organização e funcionamento dos serviços públicos estaria ao abrigo da gestão pública, portanto, sujeito à jurisdição administrativa.⁹⁴

Essas decisões serviram para a consolidação em favor de um regime jurídico específico que passou a caracterizar a tratativa dos serviços públicos, assentado na existência de procedimentos típicos de direito público. Gaston Jèze assim o resume:

La idea de servicio público se halla íntimamente vinculada con la del procedimiento de derecho público.

*Decir que, en determinada hipótesis, existe servicio público, equivale a afirmar que los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos del derecho público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio público, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico.*⁹⁵

Na doutrina brasileira, vê-se que a definição de serviços públicos vem permeada pela combinação dos critérios material, orgânico e formal propostos pela doutrina francesa e acolhidos pela jurisprudência daquele país. Mário Masagão adota o conceito proposto por Jèze. Segundo ele, “é serviço público toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins”⁹⁶. José Cretella Júnior aproxima-se dessa ampla definição, afirmando que: “Serviço público, *lato sensu*, é para nós toda atividade que as pessoas jurídicas públicas exercem, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades coletivas mediante procedimentos peculiares ao direito público”⁹⁷.

Ruy Cirne Lima filia-se ao conceito proposto por Duguit e define serviço público como “todo o serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido

⁹⁴ “*Tout ce qui concerne l’organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits, généraux ou locaux (...) constitue une opération administrative, qui est, par nature, du domaine de la juridiction administrative. Toutes les actions entre les personnes publiques et les tiers ou entre ces personnes publiques elles-mêmes, et fondées sur l’exécution, l’inexécution ou la mauvaise exécution d’un service public sont de la compétence administrative.*” LE MESTRE, Renam. *Op. cit.*, p. 25.

⁹⁵ JÉZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Tomo II, Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 4.

⁹⁶ MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: RT, 1977, p. 267.

⁹⁷ CRETILLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. Vol. IV, Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 55.

num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa”⁹⁸.

A ideia do regime jurídico diferenciado para caracterizar as atividades relacionadas à prestação de serviços públicos é reforçada por Themistocles Brandão Cavalcanti para quem “o essencial no serviço público é o regime jurídico a que obedece, a parte que tem o Estado na sua regulamentação, no seu controle, os benefícios e privilégios de que goza, o interesse coletivo a que visa servir”⁹⁹.

Do mesmo modo, Djacir Menezes, também enfatiza a importância do regime jurídico diferenciado na conceituação dos serviços públicos. Aduz que:

É indiscutível o caráter de direito público que se nota nas relações entre os executores dos serviços públicos e o Estado: daí se considerar essencial no serviço público o regime jurídico a que se amolda. Não se pode deixar de ver a ação do Estado na sua regulamentação, no seu controle, na sua finalidade coletiva que explica e autoriza sua intervenção e direção.¹⁰⁰

Já para Hely Lopes Meirelles:

Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado. Fora dessa generalidade não se pode, em doutrina, indicar as atividades que constituem serviço público, porque variam segundo as exigências de cada povo e de cada época.¹⁰¹

Celso Antônio Bandeira de Mello realça a importância do regime jurídico administrativo especial dos serviços públicos, bem como a perspectiva material proposta por Duguit. Define:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as

⁹⁸ LIMA, Ruy Cirne. Princípios de direito administrativo. São Paulo: RT, 1987, p. 82.

⁹⁹ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Tratado de Direito Administrativo. Vol. II, 5.^a edição, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 55.

¹⁰⁰ MENEZES, Djacir. Direito Administrativo Moderno. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1943, p. 228.

¹⁰¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 26. ed. São Paulo: Malheiros: 2001, p. 311.

vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.¹⁰²

A definição de Di Pietro busca, por sua vez, reunir os três critérios da doutrina francesa. Para a autora, serviço público é “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”.¹⁰³

Alexandre Santos de Aragão, em abordagem mais próxima ao direito econômico, define serviço público como sendo:

atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.¹⁰⁴

Com maior ou menor aproximação a cada critério, vê-se que a doutrina nacional reconhece a importância da atividade na coesão social para caracterizá-la como sendo serviço público, assim como a prévia definição legal como tal, bem como a existência de um regime jurídico diferenciado. Esses três critérios também são adotados pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para identificar as atividades como sendo serviços públicos.¹⁰⁵

A seguir pretende-se demonstrar que os três requisitos estão presentes nas atividades que envolvem a indústria de energia elétrica, atualmente segmentada nas atividades de (i) geração, (ii) transmissão, (iii) distribuição e (iv) comercialização, não havendo razão para se justificar que o tratamento condizente com regras de mercado tenha dissociado a atividade de geração desse referencial.

¹⁰² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 642.

¹⁰³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 114.

¹⁰⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2. ed, 2008, p.157.

¹⁰⁵ No Conflito de Competência nº 104.374, o critério orgânico foi adotado para identificar o serviço de energia elétrica como serviço público. CC 104.374/RS – Rel. Ministro Hamilton Carvalhido – Corte Especial – Julgado em 20/05/09. No Recurso Especial nº 389.961-MG, o critério formal balizou a identificação do serviço de transporte ferroviário como serviço público. RESP nº 389.961-MG – Rel. Min. Francisco Falcão. No Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 27.045-RJ, o critério determinante foi a aceção material do serviço público para caracterizar a atividade de transporte terrestre (ônibus) como sujeita ao princípio da continuidade do serviço público. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

2.4.1. A energia elétrica

O tema referente à energia elétrica, dada sua importância, há vários anos é tratado em esfera constitucional.¹⁰⁶ Para ser mais preciso, a previsão do tratamento interventivo do Estado na ordem econômica adveio com a Constituição de 1934, visto que a Carta Imperial (1824) e a Constituição Republicana de 1891 não possuíam disposições que cuidassem da ordem econômica e social. Vivenciávamos preocupações nacionalistas, com a ascensão de Vargas ao poder, tendo por corolário a reserva das atividades de energia elétrica a brasileiros ou empresas brasileiras.

O Título IV – “Da Ordem Econômica e Social” – da Constituição de 1934 também reflete a mudança global na forma do Estado lidar com a economia. A crise das bolsas em 1929 demandou uma nova postura estatal diante a dinâmica de funcionamento dos mercados, bem como no perfil que o Direito passaria a ter diante do trato econômico. Em 1936, John Maynard Keynes publicou obra que mais tarde ganharia enorme aceitação, *General Theory of Employment, Interest, and Money*, passando a ser um referencial de condução do Estado do bem-estar social no trato de questões econômicas. Uma das contribuições keynesianas mais significativas se assentava na percepção de que os mercados não conseguem se autocorrigir diante de determinados ciclos econômicos, exceto se houver atuação governamental na criação de estímulos, seja em favor do consumo, de investimento ou em prol da expansão do capital. Identifica-se nesse período o nascedouro do Direito Econômico.¹⁰⁷

Internamente, com a implantação do Estado Novo, o Brasil modificara acentuadamente o seu modelo de Federação, reservando à União várias matérias antes atribuídas aos Estados-Membros. Eram as seguintes as previsões constantes no referido Título IV da Constituição 1934:

¹⁰⁶ A evolução histórica da legislação foi bem condensada no Parecer nº 078/01 da Procuradoria-Geral da ANEEL.

¹⁰⁷ Conforme Celso Ribeiro Bastos, “O Direito Econômico surgiu a partir do desenvolvimento de um ordenamento jurídico destinado a regular a intervenção do Estado na Economia. Esse desenvolvimento se deu precipuamente a partir da noção de ‘Estado do Bem-Estar Social’ (Welfare State), ou seja, após a Primeira Guerra Mundial.” BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito Econômico Brasileiro*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p.57.

Art 118 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

Art 119 - O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei.

§ 1º - As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil, ressalvada ao proprietário preferência na exploração ou co-participação nos lucros.

§ 2º - O aproveitamento de energia hidráulica, de potência reduzida e para uso exclusivo do proprietário, independe de autorização ou concessão.

§ 3º - Satisfeitas as condições estabelecidas em lei, entre as quais a de possuírem os necessários serviços técnicos e administrativos, os Estados passarão a exercer, dentro dos respectivos territórios, a atribuição constante deste artigo.

§ 4º - A lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d'água ou outras fontes de energia hidráulica, julgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do País.

§ 5º - A União, nos casos prescritos em lei e tendo em vista o interesse da coletividade, auxiliará os Estados no estudo e aparelhamento das estâncias mineromédicinas ou termomédicinas.

§ 6º - Não depende de concessão ou autorização o aproveitamento das quedas d'água já utilizadas industrialmente na data desta Constituição, e, sob esta mesma ressalva, a exploração das minas em lavra, ainda que transitoriamente suspensa.

A reordenação institucional do setor de energia elétrica começou, contudo, um pouco antes, em 15 de setembro de 1931, “quando foram suspensos todos os atos de alienação, oneração, promessa ou começo de transferência de qualquer curso perene ou queda d’água. Foi o primeiro passo para a afirmação da União como poder concedente em matéria de energia elétrica. Com efeito, qualquer ato que envolvesse os dispositivos do decreto passava a depender da autorização expressa do governo federal”¹⁰⁸.

Em 1934, Getúlio Vargas, enquanto chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, decretou o Código de Águas – Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934¹⁰⁹ – e iniciou a atribuição, vigente até os dias atuais, de exercício das prerrogativas da União enquanto Poder Concedente¹¹⁰ para todas as atividades referentes a energia elétrica,

¹⁰⁸ DIAS, Renato Feliciano (Coord.). Panorama do Setor de Energia Elétrica no Brasil. Rio de Janeiro: Eletrobrás, 1988, p.80.

¹⁰⁹ Apesar de ser formalmente um Decreto, pelas disposições constantes da Carta de 1934, o Código de Águas possui força de lei.

¹¹⁰ “Art. 139. O aproveitamento industrial das quedas de águas e outras fontes de energia hidráulica, quer do domínio público, quer do domínio particular, far-se-há pelo regime de autorizações e concessões instituído neste Código.

exceto, é claro, a possibilidade de livre exploração na hipótese de “aproveitamento de energia hidráulica, de potência reduzida e para uso exclusivo do proprietário”, segundo os termos daquela Constituição.

O fato de haver um titular das atividades de energia elétrica é fundamental para diferenciá-las das atividades livres a mercado. Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca que:

No Direito Administrativo se tem tradicionalmente entendido o serviço público como uma atividade econômica excluída por lei do mercado para que o Estado a discipline imperativamente e a execute por seus próprios meios ou por delegação, um conceito que admite variações sem maior importância na bem assentada doutrina universal que se construiu a partir de sua origem francesa.¹¹¹

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, exerce papel de relevo o enunciado da Súmula nº 646 daquele Tribunal¹¹² para balizamento do tema. Segundo o referido verbete, se não se trata de serviço público, não há que cogitar na atribuição de titularidade de uma dada atividade ao Poder Público, bem como no estabelecimento de medidas que possam impedir o livre exercício da atividade. Por ocasião da construção desse entendimento, nos autos do Recurso Extraordinário nº 193.749-1, interposto por uma drogaria privada em face de outra drogaria concorrente, em razão da recorrente ter aberto filial a menos de 25 metros de distância da drogaria ré, travou-se discussão sobre a aplicação da Lei Municipal Paulista nº 10.991/91 que impedia a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área. O acórdão recorrido dispôs que a referida lei “não estabelece reserva de mercado ou afronta ao art. 170 da Constituição Federal. Simplesmente disciplina o uso do solo, distribuindo as farmácias de tal forma que atenda todas as camadas da população,

§ 1º Indepe de concessão ou autorização o aproveitamento das quedas d'agua já utilizadas industrialmente na data da publicação deste Código, desde que sejam manifestadas na forma e prazos prescritos no art. 149 e enquanto não cesse a exploração; cessada esta cairão no regime deste Código.

§ 2º Também ficam excetuados os aproveitamentos de quedas d'agua de potência inferior a 50 kws. Para uso exclusivo do respectivo proprietário.

§ 3º Dos aproveitamentos de energia hidráulica que, nos termos do parágrafo anterior não dependem de autorização, deve ser todavia notificado o Serviço de Águas do Departamento Nacional de Produção Mineral do Ministério da Agricultura para efeitos estatísticos.

§ 4º As autorizações e concessões serão conferidas na forma prevista no art. 195 e seus parágrafos.

§ 5º Ao proprietário da queda d'agua são assegurados os direitos estipulados no art. 148.” – Decreto nº 24.643/34.

¹¹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações nos Serviços Públicos*. Direito do Estado: novos rumos, Volume 1; São Paulo: Ed. Max Limonad, 2001, p. 71.

¹¹² “Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.”

evitando a concentração delas em determinado local, com evidentes prejuízos ao povo, visto como um todo”¹¹³.

O voto do ministro Nelson Jobim traz um resumo das questões constitucionais postas ao exame do STF: decidir se “a lei municipal, objeto da causa, é ofensiva à livre concorrência e à defesa do consumidor?”¹¹⁴ Segundo o próprio ministro Jobim:

O que se pretende com a legislação municipal é estabelecer faixas de duzentos metros de áreas comerciais da cidade para a exclusiva oferta de produtos por um vendedor só, ou seja, inviabiliza a possibilidade de termos concorrência nesses duzentos metros. (...)

O que há é a redução dos espaços da concorrência, para que ela chegue ao consumidor e não o consumidor vá a ela. Essa é a distinção fundamental. É necessário assegurar que o consumidor – o objetivo final de toda a teoria da concorrência é assegurar preços baixos e produtos de boa qualidade – possa receber a concorrência dos comerciantes, e não ter que fazer a busca dessa concorrência.¹¹⁵

Em consonância com esse posicionamento, o ministro Maurício Corrêa assinalou que:

Procedem as alegações. A Constituição Federal, em seu artigo 170 e parágrafo único, assegura o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Portanto, a única restrição possível estaria centrada na hipótese da necessidade de autorização ou permissão do Poder Público para o exercício de determinado tipo de atividade econômica, regulando a liberdade de contratar e de fixar preços, exceto nos casos de intervenção direta na produção e comercialização de certos bens. (...)

A limitação geográfica imposta à instalação de drogarias somente conduz à assertiva de concentração capitalista, assegurando, no perímetro, o lucro da farmácia já estabelecida. Dificulta o acesso do consumidor às melhores condições de preço, e resguarda o empresário alojado no local pelo cerceamento do exercício da livre concorrência.¹¹⁶

O desfecho do caso foi, por maioria, pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 10.991/91 e pelo provimento do recurso extraordinário. Tomada a redação da Constituição Federal de 1988, ver-se-á que não houve grande alteração do panorama inaugurado pela Constituição de 1934. A Constituição vigente arrolou, entre os bens da

¹¹³ Recurso Extraordinário nº 193.749-1-SP. Redator para o acórdão Min. Maurício Corrêa. Pleno. Supremo Tribunal Federal. DJ 04.05.2001. p. 911.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 925.

¹¹⁵ P. 925-927.

¹¹⁶ *Idem*, p. 931-932.

União, os potenciais de energia hidráulica (art. 20, VIII), disciplinando forma específica para ratear os benefícios da exploração desses bens.¹¹⁷ No artigo seguinte, ao listar o rol de competências que engendra a concepção do equilíbrio federativo, ficou assentada a competência material da União de “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão”: “b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos” (art. 21, XII, “b”).

Verifica-se, pela leitura do texto constitucional, que à União cabe explorar, ela própria ou mediante colaboração com terceiros, três distintos objetos: (i) serviços de energia elétrica; (ii) instalações de energia elétrica e (iii) aproveitamento energético dos cursos de água, desde que o faça em articulação com os Estados onde se situam os potenciais energéticos de matriz hidráulica. Trata-se de competência material e privativa pertencente, de forma expressa, somente à União, no sentido de que os demais entes da federação – Estados, Distrito Federal e Municípios – devem se abdicar de realizar essas funções, exceto quando agirem com alguma concordância do Poder Concedente, sendo o mesmo tratamento estendido aos particulares.

Além da delimitação da competência material da União, a Constituição Federal estabeleceu que, no rol das competências legislativas privativas da União, encontra-se a de legislar sobre energia elétrica (art. 22, IV). Toda essa delimitação expressa de bens e de competências materiais e legislativas que envolvem a matéria de energia elétrica permite compreender melhor sua exata extensão quando associada à sistemática prevista para exploração das atividades econômicas, estabelecida no Título VII, da ordem econômica e financeira do país – arts. 170 a 192 da Constituição Federal.

Nesse título, a Constituição Federal se vale sempre da expressão “atividade econômica” para se referir às práticas fenomênicas que ocorrem no mundo econômico, ora utilizando a aceção enquanto gênero¹¹⁸, ora enquanto espécie¹¹⁹. Para melhor expressar o

¹¹⁷ O Art. 20, parágrafo único, estabelece a obrigatoriedade de compensação financeira ou *royalties*, regulamentada pela Lei nº 7.990/89 e sucessivas alterações.

¹¹⁸ O Capítulo I faz menção geral aos princípios da atividade econômica. Da mesma forma, a redação trazida pelo artigo 174, sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, também permite identificar uma utilização enquanto gênero.

¹¹⁹ Como espécie, é a utilização da regra geral trazida no parágrafo único do artigo 170 que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, bem como as menções trazidas no artigo 173, *caput*, §1º.

sentido de cada uma, Eros Grau dissocia as atividades econômicas em sentido estrito daquelas atividades econômicas caracterizadas como serviços públicos.¹²⁰

De acordo com essa classificação, as atividades econômicas em sentido estrito seriam regidas pelo artigo 173, enquanto os serviços públicos seriam compreendidos sob regência do artigo 175 da CF/88. A classificação assinala a diferenciação entre os regimes jurídicos subjacentes a cada área de atuação estatal, bem como os poderes reservados ao Estado em cada segmento.

Segundo Eros Grau, as atividades econômicas em sentido estrito seriam concebidas como de titularidade da iniciativa privada.¹²¹ O Poder Público pode explorá-las diretamente somente nas hipóteses de relevante interesse coletivo ou imperativos da segurança nacional. Em ambos os casos, seria necessária a edição de lei caracterizando tais situações restritivas para permitir a própria intervenção estatal. A lei deveria prever, do mesmo modo, “a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários” (art. 173, §1º, II). Ademais, em razão de a exploração estatal dessas atividades acabar por interferir, diretamente, no comportamento de um determinado mercado considerado relevante – pois sempre resultará na inserção de um novo agente (ainda que público), para que não haja prejuízo ao princípio da livre concorrência (art. 170, IV) – além da obrigatoriedade de sujeição ao mesmo regime das empresas privadas, reforça-se a determinação de que as empresas estatais exploradoras dessas atividades não possam “gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado” (art. 173, §2º). Esse é o regime típico das atividades submetidas a regras de mercado. O Banco do Brasil, assim como a Caixa Econômica Federal, na seara federal, submetem-se a essa lógica de regência justamente por explorarem atividades financeiras caracterizadas como próprias de mercado.

¹²⁰ “A prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podermos afirmar que o serviço público é um tipo de atividade econômica. Serviço público – dir-se-á mais – é o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público. Não exclusivamente, note-se, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão. [...] Daí a verificação que o gênero – atividade econômica – compreende duas espécies: o serviço público e a atividade econômica.” GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 94.

¹²¹ Na ADPF nº 46, Eros Grau, na condição de ministro do STF, posicionou-se no sentido favorável ao reconhecimento da exclusividade estatal do serviço postal, tendo em vista a dissociação entre a titularidade da atividade, sendo vencedor da tese predominante no desfecho do julgamento. Em seu voto, pontuou que: “[...] por isso digo que o serviço público está para o Estado assim como a atividade econômica em sentido estrito está para o setor privado.” Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 46*. Relator para o acórdão Min. Eros Grau. Publicado no DJU 26/02/2010.

As atividades da indústria da energia elétrica, contudo, não se sujeitam às regras do artigo 173 da CF/88. São todas elas submetidas aos ditames do artigo 175 da CF/88. O artigo 175 atribui ao Poder Público a incumbência de prestar serviços públicos aos cidadãos. Após analisar as várias menções existentes na Constituição Federal sobre “atividades prestacionais atribuídas ao Estado”, Alexandre Santos Aragão chega à conclusão de que os serviços públicos são espécies de atividade econômica em que “se pressupõe a titularidade do Estado sobre as atividades, pois do contrário a iniciativa privada não precisaria de um contrato de concessão ou permissão para prestá-las”¹²².

O mesmo artigo 175 da CF faculta ao Poder Público a forma de prestar os serviços públicos. Tanto poderá prestá-los diretamente, por intermédio da estrutura governamental concebida, quanto poderá prestá-los valendo-se do esforço de terceiros, especialmente da iniciativa privada, hipótese pela qual se consolidará a delegação de sua execução. Em outra oportunidade, pude realçar que a escolha da forma de prestação dos serviços públicos é sempre uma opção política do ente da Federação que possui a titularidade do serviço.¹²³ A decisão sobre a forma de prestação do serviço refletirá sempre o consenso político traduzido pela ideologia do chefe do Poder Executivo em composição com as forças atuantes no Parlamento diretamente envolvidas com o tema, respeitada a repartição de titularidade de competências estabelecidas na Constituição Federal, especialmente contida nos artigos 21 (União), 25 (Estados), 30 (Municípios) e 32 (Distrito Federal).

A incumbência, dirigida ao Poder Público, de prestar serviços públicos também traduz uma opção política de dada sociedade. Tradicionalmente, atribuem-se aos entes públicos aquelas atividades que seriam prestadas no interesse geral de todos, consagradoras da justificação de bem comum. Numa linguagem mais afeita à área econômica, caracterizariam-se assim os chamados serviços primários, também concebidos como de utilidade pública. Não há, contudo, uma regra apriorística que possa determinar quais atividades devam ser, necessariamente, tratadas como serviços públicos. Apesar da dificuldade em conceituá-los, visto não haver critérios uníssomos para tanto, há relativo consenso em justificar os serviços públicos pela (i) importância da atividade para a coesão social; (ii) sua caracterização legal; e, (iii) existência de um regime jurídico diferenciado a regê-los.

¹²² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2. ed., 2008, p. 141.

¹²³ SANTOS, Humberto Cunha dos. A racionalidade econômica e os fundamentos de mercado na implementação de políticas públicas: análise do julgamento do racionamento de energia elétrica pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista impressa da Advocacia-Geral da União*, Ano IX, nº 23, Jan/mar 2010, p. 193.

Tomados os dispositivos constitucionais que envolvem o tema da energia elétrica, pode-se compreendê-los inseridos no conceito de serviços públicos, visto haver (i) classificação legal atribuindo ao Poder Público [União] a prestação dessas atividades, (ii) com caráter de inegável importância à coesão social, por ser inconcebível a vida cotidiana sem esses serviços, (iii) o que permitirá reconhecê-las dotadas de um regime jurídico diferenciado em relação às outras atividades típicas de mercado, visto não serem timbradas por valores individualistas nem terem acepções exclusivistas determinando quando e como se dará sua exploração, o que nos permite reconhecer influxo valorativo da noção de função pública a informá-las.

Admitida conceituação compatível com a perspectiva do Direito Econômico, como a proposta por Alexandre Aragão, ver-se-á que o Poder Concedente e a ANEEL possuem poderes dilatados para gerir a melhor forma de prestação desses serviços,¹²⁴ permitindo-lhes a promoção de intervenções e ajustes necessários em busca da concretização do interesse público¹²⁵ sem terem que se sujeitar, portanto, aos estritos comandos do artigo 173.

Assiste razão a Maria João Pereira Rolim quando enquadra qualquer atividade que envolva energia elétrica na categoria de serviço público, ainda quando se tenha “maior possibilidade de utilização dos aspectos do regime privado”¹²⁶. Isso porque não se deve confundir a caracterização de uma atividade como serviço público com o regime jurídico que irá informar a sua prestação. Na verdade, uma análise mais acurada da norma revela que a adjetivação como pública recai sobre a atividade e não necessariamente sobre os bens ou a maneira de prestá-la. É sensato esperar que de uma atividade caracterizada como pública surjam benefícios compartilhados entre todos. Mas daí não se mostra pertinente concluir que deva ser adotado um único regime jurídico para informar a maneira de prestação ou exploração dessa atividade. A existência de diversos regimes jurídicos sobre uma mesma

¹²⁴ Eros Graus sinaliza que a acepção terminológica mais compatível para as atividades caracterizadas como serviços públicos seria “atuação estatal” e não “intervenção estatal”, visto que esta última pressupõe a ingerência pública em área alheia, própria da iniciativa privada. *Op. cit.*

¹²⁵ Respeitadas as legítimas pretensões tipicamente contratuais, o Poder Público sempre poderá modificar os estatutos jurídicos que determinam a forma de prestação dos serviços públicos. Como exemplo típico na geração, a Lei nº 9.648/98, em seu artigo 10, submeteu a comercialização da geração de energia elétrica às regras de livre pactuação de preços, sem que fosse oponível conceber qualquer pretensão de direito adquirido a regime jurídico.

¹²⁶ “A interpretação daquilo que a Constituição Federal considera como exploração de serviços de energia elétrica não deixa dúvidas acerca da inclusão de toda a atividade correspondente que, direta ou indiretamente, tenha como finalidade a coletividade, envolvendo todas as etapas da ‘indústria elétrica’: geração, transmissão e distribuição, bem como a comercialização correspondente que afete o mercado.” ROLIM, Maria João Pereira. *Direito econômico da energia elétrica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.160.

atividade é plenamente compatível com o ordenamento jurídico. E isso não se altera pelo simples fato de uma atividade ser caracterizada como serviço público. Caberá sempre à lei conferir a estruturação dos parâmetros de cada regime jurídico aplicável a uma atividade. Eros Grau assinala a existência de “diversos modelos de regime jurídico aplicáveis a situações objetivas díspares entre si”¹²⁷. Na atividade de geração de energia elétrica, há multiplicidade de regimes jurídicos e eles se assentam em três tipos: (i) autoprodução; (ii) serviço público e (iii) produção independente de energia elétrica.

O fato de haver distintos regimes de outorga contribui no esforço argumentativo daqueles que buscam afastar o referencial teórico dos serviços públicos quando a atividade de geração é prestada em regime distinto do serviço público. Busca-se estender esse mesmo entendimento para atividade específica de comercialização de energia elétrica, tendo em vista que essa atividade pode ser exercida mediante simples autorização. Situação igual não se verifica nos segmentos de transmissão e distribuição em razão de serem tradicionalmente prestados no regime de serviço público previsto pela Lei nº 8.987/95.

Esses esforços, contudo, não levam em consideração que as práticas de privatização e desestatização ocorridas no setor elétrico possibilitaram apenas atrair capital privado para uma área eminentemente pública, sem que tenha havido, contudo, a descaracterização do tratamento dessas atividades.

Além do que já foi exposto até aqui, pretende-se agregar duas modalidades extremadas de atuação estatal para tentar demonstrar a extensão das faculdades reservadas ao Poder Público para implementação da política pública de geração condizente com o tratamento típico de serviço público.

2.4.1.1. Desapropriação e encampação

Pela desapropriação, verifica-se tanto na práxis quanto no plano normativo que milhares de hectares de terrenos de terceiros afetados pela construção de usinas hidrelétricas, mesmo quando a outorga se dá no regime de PIE ou autoprodução, ficam sujeitos aos efeitos

¹²⁷ “Cumpre-me deixar bem fixada, tão-somente, na oportunidade, a circunstância de que a construção dos modelos de regime jurídico – porque há vários deles, aplicáveis a situações objetivas díspares entre si. (...)”. GRAU, Eros R. *Op. cit.*, p. 104.

expropriatórios da desapropriação por utilidade pública, prevista no artigo 5º, XXIV da CF/88 e disciplinada pelo Decreto-Lei nº 3.365/41.

Se a noção de função pública não consegue ser facilmente compartilhada pelos contornos jurídicos reservados à própria atividade de geração de energia, espera-se que, ao associá-la ao mecanismo de desapropriação por utilidade pública, fiquem dissipadas as percepções dissonantes, visto que tal instituto pressupõe sua utilização “sempre que o cumprimento das funções estatais exigir a aquisição do domínio de bens alheios”¹²⁸. Qualquer atividade que se valha da desapropriação por utilidade pública tem por fundamento a afetação de determinadas áreas a uma finalidade pública, mesmo que a atribuição de sua execução seja cometida à iniciativa privada. Por implicar na transferência coercitiva da titularidade da propriedade, pressupõe-se que haja prévia declaração de utilidade pública (DUP) dos bens que serão afetados pela execução daquela atividade, o que, certamente, só poderá ser feito por uma autoridade investida de *munus* estatal.¹²⁹ Não restaria possibilidade jurídica de se valer desse instituto se a atividade de geração não fosse compreendida como inserida nas atribuições cometidas ao Poder Público. Kiyoshi Harada sintetiza que:

A mola propulsora da desapropriação, como se vê, é sempre o interesse público como gênero de que são espécies a necessidade pública, a utilidade pública, o interesse social, o interesse social para fins de reforma agrária, o interesse para desenvolvimento da política urbana e o interesse social para erradicação da propriedade nociva. O interesse público outra coisa não é senão as necessidades coletivas, encampadas pelo poder político e inseridas no ordenamento jurídico em níveis constitucional e legal, que preponderam sobre o interesse privado ou meramente coletivo quando em confronto. (...)

Todo procedimento expropriatório, amigável ou judicial, deve ser precedido de ato administrativo declarando de interesse público o bem objetivado, também conhecido como ato expropriatório ou declaração expropriatória, emanado da Chefia do Executivo. Esse ato expropriatório nada mais é do que a exteriorização da vontade da Administração Pública de deflagrar o procedimento expropriatório, ou seja, de exercer o poder de desapropriar.¹³⁰

Aqueles que não conseguem compreender a atividade de geração como sendo regida por preceitos públicos possuem dificuldade em lidar com o conceito de outorga, fazendo

¹²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 424.

¹²⁹ Marçal destaca que “esse ato é imputado ao Estado, mesmo que se admita a atribuição da prática de alguns atos jurídicos atinentes à desapropriação a entes privados delegatários de serviços públicos.” *Idem*, p. 422. No âmbito do setor elétrico, o assunto é regulamentado pela Resolução ANEEL nº 279/07, que permite a emissão de declaração de utilidade pública para atividades de geração outorgadas sob o regime de PIE, ainda que sejam para autorizados explorarem pequenas centrais hidrelétricas.

¹³⁰ HARADA, Kiyoshi. Desapropriação: doutrina e prática. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 16; 68-69.

confusão entre as atividades que dela dependem, visto não serem titularizadas pela iniciativa privada, com aquelas que são típicas de mercado, mas que, por sua relevância, são submetidas à autorização estatal (conforme parágrafo único do artigo 170 da CF/88). Olvidam que, neste último caso, os poderes estatais ficam restritos a requisitos tipicamente vinculados e se encontram mais condizentes com o exercício de poder de polícia que propriamente qualquer noção que importe na delegação de poderes executórios à iniciativa privada. No rigor terminológico, não se deve cogitar em delegação para essas últimas atividades, visto que não são titularizadas pelo Poder Público, tampouco são exercidas sob o influxo de uma função pública subjacente. Constituem, na verdade, atividades próprias de mercado, portanto pertencentes à iniciativa privada, em que o Estado resolve se valer do seu poder de regulação em razão da relevância atribuída à atividade (art. 174), o que não permite confundi-las com outras atividades caracterizadas como serviços públicos, passíveis de delegação à iniciativa privada por meio de autorização. No mencionado RE nº 193.749-1, o ministro Marco Aurélio fundamentou seu voto acerca da inconstitucionalidade da norma municipal que fixava limite de distância entre as farmácias com assento no artigo 174 da CF/88, que, segundo ele, “homenageia a ampla liberdade de comércio” no país¹³¹, não havendo que cogitar em planejamento determinante para a iniciativa privada.

Conforme ressaltado, o parágrafo único do artigo 176 impõe que toda a exploração do potencial hidráulico seja feita em prol do interesse nacional, o que parece sepultar, por definitivo, qualquer esforço argumentativo que vise caracterizar essa atividade como típica de mercado, o que, em noção mezinha, pressupõe que tenha sua exploração informada por interesses privatísticos do ofertante que a exerce, ainda que sob ela recaiam expressões da função social esperada.

O fato da ANEEL não emitir declaração de utilidade pública para empreendimentos de geração de matriz termelétrica decorre da maleabilidade de instalação desses empreendimentos em sítios diversos, o que dificilmente permitiria concluir pela imprescindibilidade de uma determinada área geográfica. Trata-se, portanto, de situação fática bem diferente daquela que informa a exploração dos potenciais hidráulicos. Em outros termos, a DUP deixa de ser concedida para esses empreendimentos não por ausência de previsão legal, mas sim pela falta de justificativa técnica a embasar o requerimento. Se é certo que a atividade de geração caracteriza-se como serviço público, na acepção ora discutida,

¹³¹ *Op. cit.*, p 934.

seria incoerente se o ordenamento jurídico impedisse a possibilidade de concessão de DUP para determinados empreendimentos de geração em razão da fonte energética envolvida ou do regime de exploração aplicável. Coerentemente, o artigo 30 do Decreto nº 2.003/96 dispõe que:

Art. 30. A requerimento justificado do interessado, o poder concedente poderá declarar a utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, de terrenos e benfeitorias, de modo a possibilitar a realização de obras e serviços de implantação de aproveitamento hidráulico ou de usina termelétrica, cabendo ao produtor independente ou autoprodutor interessado promover, amigável ou judicialmente, na forma da legislação específica, a efetivação da medida e pagar as indenizações devidas.

O Decreto nº 2.003/96 é pouco discutido pela comunidade acadêmica. Se o fosse, prontamente escudaria investidas que tentam desvirtuar a caracterização da atividade de geração como serviço público quando é prestada sob o regime jurídico de autoprodução ou produção independente de energia elétrica.

A mesma percepção que consagra a atividade de geração como serviço público também pode ser extraída pela compreensão do instituto da encampação. Com base nesse instituto, em propósito voltado à satisfação do interesse público, permite-se a retomada do serviço concedido, por meio da apropriação dos bens e instalações de um produtor independente de energia elétrica ou de um autoprodutor, independentemente da fonte de geração utilizada.

Só faz sentido se conceber a encampação quando se está diante de atividades caracterizadas como públicas, daí o porquê de se ter um Poder Concedente apto a autorizá-las. Lê-se no artigo 21 do Decreto nº 2.003/96:

Art. 21. Por motivo de interesse público, o poder concedente poderá promover a encampação dos bens e instalações utilizados na produção independente ou autoprodução de energia elétricas assegurado ao interessado o direito à prévia indenização, nos termos da legislação em vigor.

A Lei nº 8.987/95 poupou o trabalho do exegeta. Conceituou claramente o que se deve entender por Poder Concedente. Pela técnica da conceituação legal, o artigo 2º define que:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;

Deve-se destacar que a única ressalva feita pela Constituição Federal acerca da caracterização da atividade de geração como sendo pública encontra-se contida no §4º do artigo 176. que, expressamente, dispensou o “aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida” de qualquer ato de outorga.¹³²

O Supremo Tribunal Federal, do mesmo modo, teve oportunidade de discutir se o artigo 176 poderia ser compreendido independentemente das disposições contidas no artigo 175. Por ocasião da deliberação do pedido de medida cautelar apresentado nas ADI nº 3090 e 3100, que tinham por objeto a discussão da constitucionalidade da Medida Provisória nº 144, de 10 de dezembro de 2003, posteriormente convertida na Lei nº 10.848/04 – atual parâmetro normativo do setor elétrico – concluiu-se, por maioria, seguindo o voto-vista do ministro Eros Grau, que “a regulamentação do setor elétrico, inclusive a implementada pela medida provisória convertida na Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, encontra sua matriz constitucional não no §1º do artigo 176, mas sim no artigo 175 da Constituição do Brasil”, visto que, ainda nos termos do referido voto:

10. O aproveitamento de potenciais de energia elétrica é serviço público que, nos termos do que define o artigo 175 da Constituição, pode ser prestado diretamente pelo poder público ou sob regime de concessão ou permissão.

11. O § 1º do artigo 176 da Constituição do Brasil diz quem pode empreender a atividade econômica em sentido estrito [pesquisa e lavra de recursos minerais] e quem pode prestar o serviço público [aproveitamento de potenciais de energia elétrica]. Em ambos os casos, brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País.

12. A pesquisa e lavra de recursos minerais em geral é objeto de regulação pelo Código de Mineração. A prestação do serviço público implementado mediante o aproveitamento de potenciais de energia elétrica é objeto de regulação pela lei mencionada no artigo 175 da Constituição.¹³³

¹³² Esse dispositivo foi regulamentado pela Lei nº 9.074/95 que, em seu artigo 8º, estabeleceu que “O aproveitamento de potenciais hidráulicos, iguais ou inferiores a 1.000 kW, e a implantação de usinas termelétricas de potência igual ou inferior a 5.000 kW, estão dispensadas de concessão, permissão ou autorização, devendo apenas ser comunicados ao poder concedente.”

¹³³ Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADIN 3090-6/DF. Rel.: Min. Gilmar Mendes. DJ 26/10/2007, p. 155-156.

Releva-se a importância desse entendimento do STF para a compreensão conjugada dos artigos 175 e 176 da CF/88, pois se mostra condizente com a separação existente entre atividades econômicas em sentido estrito e aquelas caracterizadas como serviços públicos. Para a conformação do regime jurídico específico do PIE, contudo, o artigo 176 traz parâmetros fundamentais, uma vez que permite a outorga para geração de energia elétrica em regime distinto do estrito regime jurídico de serviço público disciplinado pela Lei nº 8.987/95. O termo “serviço público”, utilizado enquanto conotativo de uma modalidade específica de regime jurídico, não deve ser confundido com a sua utilização enquanto designativo de uma atividade cometida ao Poder Público. O atributo polissêmico da linguagem certamente contribui para a confusão daqueles que não conseguem perceber essa distinção, devendo haver o devido esclarecimento terminológico para melhor compreensão do regime jurídico subjacente a essas atividades.¹³⁴ Carlos Santiago Nino chama atenção para a complexidade que envolve a interpretação jurídica quando se está diante de palavras com diversos significados. Segundo o autor, é fundamental atentar para o significado denotativo e conotativo dos termos utilizados para que seja possível estabelecer funções recíprocas entre a classe das coisas e o conjunto de propriedades que delas se esperam. Nos seus dizeres:

Cuando se habla del significado de las palabras, se suele aludir tanto a su denotación (o extensión) – la clase de cosas o hechos nombrada por la palabra -, como a su designación (o connotación o intención) – el conjunto de propiedades que deben reunir las cosas o hechos para formar parte de la clase denotada por el término.

*La designación y la denotación de una palabra están en función recíproca. Si la designación se amplía (por ejemplo, porque antes se exigían las propiedades A y B para que un objeto integrara la clase y ahora se requieren A, B y C), la denotación posible de la palabra se restringe, porque hay potencialmente menos objetos que reúnan un mayor número de propiedades definitorias.*¹³⁵

¹³⁴ Parece incorrer nesse caso as conclusões lançadas por Patrus Pimenta ao criticar a classificação jurídica existente entre serviço público e atividades econômicas em sentido estrito, com o propósito de defender a constitucionalidade do regime jurídico do Produtor Independente de Energia Elétrica (PIE): “O raciocínio é simples: se os serviços e instalações de energia elétrica caracterizam-se como serviços públicos devem, nos termos do art. 175 da CRFB/88, observar o respectivo regime jurídico.” (*Op. cit.*, p. 288). A conclusão olvida, contudo, que o fato de uma atividade ser caracterizada como serviço público não importa na adoção inexorável do regime jurídico de serviço público previsto na Lei nº 8.987/95, com tarifas reguladas, equilíbrio econômico-financeiro, necessária vinculação entre obrigações e direitos e todos os demais mecanismos concebidos por essa lei. Isso é tema de política legislativa e não há nenhum impeditivo constitucional que obste ao legislador ordinário conformar determinado regime jurídico que melhor se adapte às características e forma de execução de uma atividade classificada como serviço público.

¹³⁵ NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 8. ed. Barcelona: Ariel, 1997, p. 251-252.

Trata-se, na verdade, de postura que milita em favor da lógica jurídica, pois o que se propõe como síntese argumentativa é que a atividade de geração de energia elétrica (enquanto conceito de fato – premissa menor) fique compreendida subsumida à categoria de serviços públicos (enquanto conceito jurídico – premissa maior), sem que dessa soto-posição possa se afirmar que haja necessária adoção do regime jurídico de serviço público, disciplinado pela Lei nº 8.987/95, para regência das atividades de geração de energia elétrica. Ainda que em breve menção, a estruturação linear do pensamento de Karl Engisch deve ser privilegiada:

A subsunção dum caso a um conceito jurídico “representa uma relação entre conceitos: um fato tem de ser pensado em conceitos, pois que de outra forma – como fato – não é conhecido, ao passo que os conceitos jurídicos, como o seu nome diz, são sempre pensados na forma conceitual”. São, portanto, subsumidos conceitos de fatos a conceitos jurídicos. Não podemos deixar-nos arrastar aqui para indagações de lógica formal e de teoria do conhecimento. Deve no entanto acentuar-se que a subsunção de uma situação de fato concreta e real a um conceito pode ser entendida como enquadramento desta situação de fato, do “caso”, na classe dos casos designados pelo conceito jurídico ou pela hipótese abstrata da regra jurídica.¹³⁶

É impróprio, portanto, afastar o referencial teórico dos serviços públicos das atividades de geração de energia elétrica, pois há correspondência com o princípio da identidade jurídica entre as categorias envolvidas.

O fato de se valer de regras de mercado para reger a execução dessas atividades não as desnatura, já que, para todos os efeitos, elas deverão continuar a ser concebidas como serviços públicos.

Não se mostra necessário que o Poder Público preste os serviços públicos diretamente – pelo menos não aqueles que a Constituição Federal permitiu serem delegados –, mas é fundamental, em qualquer hipótese, que se mostrem adequados à população. A fim de que a prestação seja garantida a todos, o ordenamento jurídico confere ao Poder Público uma série de poderes instrumentais para tanto.

Na seara dos serviços públicos, há preocupações publicizantes que não se mostram necessariamente presentes em atividades submetidas ao livre mercado. Os serviços públicos

¹³⁶ ENGISH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008, p. 95.

são orientados, fundamentalmente, pela modicidade de preços e tarifas, assim como pela pretensão de universalização de acesso. As atividades sujeitas à lógica de mercado, diversamente, são informadas por decisões individualizadas, variáveis de acordo com os comportamentos da oferta e da demanda, segundo múltiplas preferências, disponibilidades orçamentárias, e preços livremente acordados entre consumidores e empresas.

A perspectiva formal-legalista olvida que a busca do bem comum é a justificativa última para se atribuir atividades ao Poder Público, pois é isso que, em última medida, seus cidadãos dele esperam. E independentemente da acepção ideológica que informará as atividades praticadas pelo Poder Público, espera-se que ele seja capaz de consagrá-lo. Pode-se discutir demasiadamente sobre em que consiste a noção de bem comum, mas é inevitável reconhecer que a existência de um Estado, e conseqüentemente de um governo apto a regê-lo, decorre da necessidade imposta pelo fato de vivermos em sociedade. E isso se aplica mesmo para aqueles que não são muito simpatizantes de qualquer atuação estatal.

Mesmo os seguidores do comunismo utópico ou até mesmo do anarquismo tenderiam a concordar que pelo menos uma regra geral fundamental sobre a forma de organização da vida em coletividade necessitaria ser pactuada, ainda que essa regra fundamental fosse contrária à existência de um próprio conceito de Estado ou de governo. Mas, ainda assim, a legitimidade moral dessa regra residiria no fato de ser voltada para a realização do bem comum, o que lhe vindicaria o atributo de aceitação necessário para ser observada.

Negar a compreensão da atividade de geração enquanto serviço público importa, em última medida, em subverter a política pública concebida para regê-la, pois os propósitos esperados da atividade deixam de ser contemplados diante do caso concreto que exige aplicação da norma.

Capítulo 3. A perspectiva privilegiada do Direito Econômico

Diante da preponderância de normas semanticamente abertas que regem o setor elétrico, especialmente a atividade de geração de energia elétrica, postula-se que o Direito Econômico possui perspectiva privilegiada para extrair o melhor sentido de aplicação da norma, especialmente em razão de se assentar em compreensões que atribuem importância à racionalidade econômica enquanto aspecto explicativo das condutas praticadas no meio regulado.

Ao assim se apresentar, o método do Direito Econômico aproxima o enfoque jurídico do econômico, resultando em interpretações jurídicas de caráter eminentemente teleológico, voltadas a efetivamente regular as práticas fenomênicas ocorridas no campo, construídas a partir da análise caso a caso.

3.1. A análise caso a caso

A perspectiva teleológica pressupõe que o sentido conferido às normas seja fruto de construções interpretativas realizadas caso a caso, em que as situações delimitadoras dos limites possíveis para a tomada de decisão advenham das especificidades trazidas pelos casos concretos.

Nessa percepção, cabe ao intérprete, sem ofender os limites semânticos contidos na norma, maximizar o resultado útil do processo decisório por meio da efetivação dos objetivos reclamados para melhor solução do caso concreto.

Segundo Hesse, “*no existe interpretación constitucional desvinculada de los problemas concretos.*”¹³⁷. Condizente com essa perspectiva, Müller assinala no processo interpretativo e concretizador, o programa da norma e o âmbito da norma, para concluir que “concretizar significa produzir, diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige

¹³⁷ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 45.

uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito”¹³⁸.

Ter essa abordagem em conta é fundamental para lidar com normas com “preceitos indeterminados”, “cláusulas gerais” ou “semanticamente menos precisas”, chamadas de “normas abertas” por Roberto Freitas Filho¹³⁹ e que caracterizam as prescrições normativas estabelecidas para o setor elétrico, especialmente as voltadas para geração de energia elétrica a partir da estruturação típica de mercado atribuída à atividade, tal como discutido no capítulo primeiro.

Valendo-se, ainda, dos termos adotados por Roberto Freitas Filho, “o que há de diferente na aplicação das normas abertas é que o sentido descritivo da norma não está expresso a priori em seu texto, ou seja, é necessário que o aplicador venha a especificar os elementos que compõem a regra na *ratio decidendi* da questão”¹⁴⁰.

Dito de outro modo, os elementos que comporão a regra não estão, portanto, propriamente contidos na norma. Enquanto processo volitivo, cabe ao intérprete, de certo modo, criá-los a partir de uma construção argumentativa que confira sentido às proposições que embasam sua conclusão.¹⁴¹ Esse sentido assegura, em condições possíveis, o que Hesse resolveu chamar de “concretização da norma”¹⁴².

Nesse processo de construção do sentido da norma, deve-se levar em conta quais objetivos se pretende maximizar, pois serão eles que irão traduzir as tarefas estatais referidas por Jorge Miranda¹⁴³, ou, mais propriamente, os objetivos perseguidos pela política pública definida para a atividade.

¹³⁸ MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 131.

¹³⁹ FREITAS FILHO, Roberto. Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 20.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 29.

¹⁴¹ O ministro Marco Aurélio acentua que “toda e qualquer interpretação de preceito normativo revela um ato de vontade. E aí vale repetir: os homens não são feitos para as leis, mas as leis, para os homens. Qual deve ser a postura do Estado-Juiz diante de um conflito de interesses? Única: não potencializar a dogmática para, posteriormente, à mercê dessa dogmática, enquadrar o caso concreto. Em face de um conflito de interesses, o juiz há de idealizar a solução mais justa, considerada a formação humanística que tenha e, após, buscar o indispensável apoio no direito posto. Ao fazê-lo, cumprirá, sempre, ter presente o mandamento constitucional de regência da matéria.” Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 186. DJ nº 86 do dia 04/05/2012.

¹⁴² “La concretización presupone la ‘comprensión’ del contenido de la norma a ‘concretizar’. La cual no cabe desvincular ni la ‘precomprensión’ del intérprete ni del problema concreto a resolver.” *Op. Cit.*, p. 43.

¹⁴³ “Tarefas equivalem a fins do Estado manifestados em certo tempo histórico, em certa situação político-constitucional, em certo regime, em certa Constituição em sentido material. Traduzem um determinado enlace entre o Estado e a sociedade. Implicam um princípio (ou uma tentativa) de legitimação do exercício do poder. As tarefas contrapõem-se às funções em sentido estrito – que são não tanto algo de pensado quanto algo de realizado – ou atividades que o Estado, constante, repetida e repetidamente, vai desenvolvendo, de harmonia com as regras que o condicionam e conformam, e que, por conseguinte, aparecem como meios ao serviço. (...) Entre

Nesse agir, o intérprete não buscará esgotar o sentido explicativo da norma nas prescrições semânticas da lei, visto que a hipótese de incidência da norma não se encontra fechada, mas, como Kelsen assinala, ela encerra uma mera “moldura”, com várias possibilidades de execução.¹⁴⁴

A fim de se extrair a melhor forma de execução da norma, propõe-se a observância do método do Direito Econômico, a seguir discutido.

3.2. O método do Direito Econômico

Dentre os ramos do Direito, aquele que melhor consegue perceber a interatividade entre Economia, Política e Direito é o chamado Direito Econômico. E a razão disso se assenta no seu objeto de estudo.

Como o próprio nome sugere, trata-se de ramo que, nas palavras de Celso Bastos, destina-se a “normatizar as medidas adotadas pela Política Econômica através de uma ordenação jurídica, é dizer, a normatizar as regras econômicas, bem como a intervenção do Estado na economia.”¹⁴⁵ Em sentido jurídico, o que se tem, nos termos de Pontes de Miranda, é a apropriação do mercado, concebido em sua perspectiva ampla e abstrata, como suporte fático de incidência de normas jurídicas, juridicizando-o.¹⁴⁶ Tornar o mercado um fato jurídico não desnatura, contudo, o seu funcionamento. Enquanto fato social, sua compreensão continua a ocorrer no mundo tipicamente fenomênico (mundo do ser), que requer o socorro

umas e outras situam-se as incumbências, que são, ao mesmo tempo, metas e ações a que o Estado fica constitucionalmente adstrito – o mais das vezes através de normas programáticas – em face dos direitos, interesses ou instituições que lhe cabe garantir, promover ou tornar efectivos; e as incumbências traduzem-se em ‘imposições constitucionais’, designadamente em ‘imposições legiferantes’. MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV - Direitos Fundamentais. 2. ed: Coimbra, 1993, p. 344-345.

¹⁴⁴ *Op. cit.*, p.150.

¹⁴⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. Direito Econômico Brasileiro. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 57.

¹⁴⁶ Segundo Pontes de Miranda: “Regra jurídica é norma com que o homem, ao querer subordinar os fatos a certa ordem e a certa previsibilidade, procurou distribuir os bens da vida. Há o fato de legislar, que é edictar a regra jurídica; há o fato de existir, despregada do legislador, a regra jurídica; há o fato de incidir, sempre o que ocorra o que ela prevê e regula. O que é por ela previsto e sobre o qual ela incide é o suporte fático. (...) é essencial a todo estudo sério do direito considerar-se, em ordem, a) a elaboração da regra jurídica (fato político), b) a regra jurídica (fato criador do mundo jurídico), c) o suporte fático (abstrato), a que ela se refere, d) a incidência quando o suporte fático (concreto) ocorre, e) o fato jurídico, que daí resulta, f) a eficácia do fato jurídico, isto é, as relações jurídicas e mais efeitos dos fatos jurídicos. (...) Os elementos do suporte fático são pressupostos do fato jurídico; o fato jurídico é o que entra, do suporte fático, no mundo jurídico, mediante a incidência da regra jurídica sobre o suporte.” MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo I. Campinas: Bookseller, p. 17/18.

das ciências sociais justamente para possibilitar a compreensão de como se dão os comportamentos dos atores e das instituições nas atividades relacionadas à produção, distribuição e consumo dos bens e serviços.

O Direito Econômico reconhece a importância que a devida compreensão da ordem econômica representa para o processo de compreensão do objeto e identificação da norma aplicável à espécie. Ordem econômica é aqui referida em sua acepção típica de como se apresenta, desprovida, portanto, de preceitos normativos atribuídos pelo Direito. Vital Moreira refere-se a ela como:

o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um conceito de fato e não de um conceito normativo ou de valor (é conceito do mundo do ser, portanto); o que o caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e materiais, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser, exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato.¹⁴⁷

A compreensão dos fenômenos econômicos mostra-se indispensável para enfrentamentos de temas referentes à prestação de serviços públicos porque, quando o Poder Público opta por delegar à iniciativa privada a execução desses serviços, tal como lhe faculta a CF/88 e assim tem feito em relação às atividades de geração de energia elétrica, deve-se reconhecer que a materialização dessa execução passará a ser informada pela lógica de mercado e não mais por preceitos tipicamente estatais.

Se outrora o setor elétrico, adstrito a mecanismos governamentais, conseguia ser minimamente explicado por uma lógica formal-legalista, com o advento da dinamicidade das práticas de mercado, tornou-se imprescindível o estreitamento entre as searas jurídica, econômica e política, para compreensão de fenômenos multifacetários, cambiantes e complexos que se apresentarão ao aplicador da norma. Em substituição a outros enfoques, a perspectiva metodológica do Direito Econômico mostra-se mais adequada para esse fim.

O Direito Econômico privilegia a aproximação entre Direito e Economia. Na verdade, seu pressuposto consiste em reconhecer que o funcionamento da economia de qualquer país depende do que foi estabelecido pela ordem jurídica. É preciso, primeiramente, compreender

¹⁴⁷ MOREIRA, Vital. A ordem jurídica do capitalismo. 4. ed. Lisboa: Caminho, 1987, p. 67-71.

como o ordenamento jurídico disciplina determinados direitos e obrigações para só então discutir como as relações econômicas se darão. Se o Direito não conferisse reconhecimento à propriedade privada, os fatores de produção seriam concebidos de maneira distinta da atualmente assente. Se a patente for tomada como exemplo, nos termos em que prevê a Lei nº 9.279/96¹⁴⁸, verificar-se-á que há proteção ao conhecimento tecnológico inovador enquanto bem passível de apropriação, o que permite ao seu criador usufruir, por determinado tempo, dos benefícios econômicos advindos em razão de seu esforço criativo empregado. Mas nem sempre esse tipo de conhecimento foi passível de proteção, sendo recentes as feições protetoras conferidas a esse direito.¹⁴⁹

A Economia, por seu turno, também exerce forte influência sobre o Direito. O poder econômico costuma acompanhar o poder político e este, com maior ou menor intensidade, acaba sendo traduzido em prescrições legais. A racionalidade econômica, do mesmo modo, exerce forte pressão sobre o direito positivado, induzindo-o a uma série de modificações. As preocupações que envolveram a elaboração da atual Lei de Falências (Lei nº 11.101/05) bem refletem essa situação. Verifica-se que a criação da fase de recuperação de empresas, em substituição ao ineficaz instituto da concordata, bem como a nova classificação de prioridades na habilitação universal dos créditos junto à massa falida, teve por objetivo proteger a atividade produtiva. Esses enfoques são bem distintos daqueles que caracterizavam o tema sob as luzes do Decreto-Lei nº 7.661/45¹⁵⁰ e foram, inclusive, levados em consideração pelo

¹⁴⁸ “Art. 6º Ao autor de invenção ou modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade, nas condições estabelecidas nesta Lei. (...)”

Art. 44. Ao titular da patente é assegurado o direito de obter indenização pela exploração indevida de seu objeto, inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a da concessão da patente.” Lei nº 9.279/96. Os comandos previstos na Lei nº 9.279/96 conferem eficácia plena ao previsto no art. 5º, inciso XXIX da CF/88: “(...) XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.”

¹⁴⁹ Assafim destaca que, “apesar da comunicação de uma tecnologia durante muito tempo ter sido regida pelo princípio de livre acesso – como se fosse um bem de domínio público, este preceito foi profundamente alterado a partir da implantação de instrumentos jurídicos de defesa e proteção das criações técnicas, formulados no final do século XVIII, consolidados durante o século XIX e que descrevem uma linha ascendente até nossos dias. Desde então, sob o conceito de ‘tecnologia’, foram formados três níveis – ou blocos – de bens ou produtos ‘técnicos’. (...)” ASSAFIM, João Marcelo de Lima. *A transferência de tecnologia no Brasil – Aspectos contratuais e concorrenciais da Propriedade Industrial*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p.2.

¹⁵⁰ Rubens Approbato contextualiza o cenário sob a vigência do Decreto-Lei nº 7.661/45 e a necessidade de promoção de ajustes: “A falência (com a previsão da continuação do negócio) e a concordata, ainda que timidamente permitissem a busca da recuperação da empresa, no decorrer da longa vigência do Decreto-Lei 7.661/45 e ante as mutações havidas na economia mundial, inclusive com a sua globalização, bem assim nas periódicas e inconstantes variações da economia brasileira, se mostraram não só defasadas, como também se converteram em verdadeiros instrumentos da própria extinção da atividade empresarial. Raramente uma empresa em concordata conseguia sobreviver e, mais raramente ainda, uma empresa falida era capaz de desenvolver a

Supremo Tribunal Federal por ocasião do reconhecimento da constitucionalidade da nova lei de falências.¹⁵¹

Foi a preocupação econômica, do mesmo modo, que propiciou a criação do contrato de alienação fiduciária em garantia, decorrente da necessidade de atender ao “crescente desenvolvimento da indústria, (...) pois, sem crédito, não haveria incremento de produção, nem tampouco a expansão do escoamento do que se produz”¹⁵². A demanda econômica dirigida ao Direito foi a de engendrar nova fórmula que pudesse “reforçar as garantias dos financiamentos realizados através de sociedades financeiras, para as quais não eram bastante as tradicionais garantias asseguradas pelo penhor ou pela venda com reserva de domínio”¹⁵³.

Elaborou-se, portanto, um novo “negócio jurídico pelo qual o devedor, para garantir o pagamento de uma dívida, transmite ao credor a propriedade de um bem, retendo-lhe a posse direta, sob condição resolutiva de saldá-la”¹⁵⁴. Essa demanda veio a lume inicialmente pelo texto da lei de mercado de capitais no país (Lei nº 4.728/65)¹⁵⁵, sendo paulatinamente aprimorada conforme a evolução da dinâmica dos setores econômicos.

continuidade de seus negócios. Foram institutos que deixavam as empresas sem qualquer perspectiva de sobrevivência. Com a manutenção do modelo constante do Decreto-lei 7.661, extinguíam-se, periodicamente, fontes de produção, geradoras de empregos, de créditos, de tributos, de gerência social e de fonte de fortalecimento da economia nacional.” MACHADO, Rubens Approbato. Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 22. O Projeto de Lei nº 71, de 2003, que resultou na Lei nº 11.105/2005 tinha, em sua maioria, diretrizes tipicamente econômicas: (i) preservação da empresa; (ii) separação dos conceitos de empresa e de empresário; (iii) recuperação das sociedades e empresários recuperáveis; (iv) retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis; (v) proteção aos trabalhadores; (vi) redução do custo do crédito no Brasil; (vii) celeridade e eficiência dos processos judiciais; (viii) segurança jurídica; (ix) participação ativa dos credores; (x) maximização do valor dos ativos do falido; (xi) desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte; (xii) rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial.

¹⁵¹ “Observou-se que a Lei 11.101/2005 resultou de amplo debate com os setores sociais diretamente afetados por ela, tendo surgido, também, da necessidade de se preservar o sistema produtivo nacional inserido em uma ordem econômica mundial caracterizada pela concorrência predatória entre seus principais agentes e pela eclosão de crises globais cíclicas altamente desagregadoras. Destarte, nesse contexto, o legislador teria optado por estabelecer que adquirentes de empresas alienadas judicialmente não assumiriam os débitos trabalhistas, por sucessão, porquanto isso não ensejaria prejuízo aos trabalhadores, já que a exclusão da sucessão tornaria mais interessante a compra da empresa e tenderia a estimular maiores ofertas pelos interessados na aquisição, o que aumentaria a garantia dos trabalhadores, em razão de o valor pago ficar à disposição do juízo da falência e ser utilizado para pagar prioritariamente os créditos trabalhistas. Além do mais, a venda em bloco da empresa possibilitaria a continuação da atividade empresarial, preservando empregos.” Supremo Tribunal Federal. Pleno. [ADI 3934/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 27.5.2009. \(ADI-3934\)](#). DJ nº 103, de 04/06/09.

¹⁵² ALVES, José Carlos Moreira. Alienação fiduciária em garantia. In CAHALI, Yussef Said (coord.). Contratos nominados: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 25.

¹⁵³ BULGARELLI, Waldírio. Contratos mercantis. São Paulo: Atlas, 2000, p. 308.

¹⁵⁴ GOMES, Orlando. Contratos. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 459.

¹⁵⁵ A previsão do instituto veio, inicialmente, contida no artigo 66 da Lei nº 4.728/65, cuja redação originária era: “Art. 66. Nas obrigações garantidas por alienação fiduciária de bem móvel, o credor tem o domínio da coisa

Se analisarmos o teor das várias Emendas Constitucionais que alteraram a redação originária da CF/88, a fim de se conferirem novos tratamentos a setores de mercado antes monopolizados ou exclusivos a empresas de capital nacional¹⁵⁶, ficará clara a forte influência exercida pela Economia sobre o Direito, a qual não pode ser abnegada pelo intérprete da norma.

Exerce, do mesmo modo, condição imprescindível na compreensão do sentido da conduta e da aplicação da norma a percepção histórica evolutiva dos fatos sociais. O Direito é fruto de criação humana, e, como tal, encontra-se situado em determinado tempo e local.

alienada, até a liquidação da dívida garantida.” Esse dispositivo foi posteriormente alterado pelo Decreto-Lei nº 911/69 e pela Lei nº 10.931/04.

¹⁵⁶ EC nº 05/95: extinguiu a obrigatoriedade de, em caso de concessão, os serviços estaduais de gás canalizados terem que ser destinados a empresas estatais. Remeteu à lei a disciplina da matéria, vedando a edição de medida provisória para discipliná-la. (Redação originária do § 2º do artigo 25 da CF: “Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, a empresa estatal, com exclusividade de distribuição, os serviços locais de gás canalizado”).

EC nº 06/95: revogou o artigo 171 que conferia tratamento privilegiado a empresas brasileiras de capital nacional e alterou o §1º do artigo 176 da CF, pondo fim à exclusividade da exploração de riquezas minerais e aproveitamentos de potenciais hidráulicos fossem apenas reservado a brasileiros ou empresas brasileiras de capital nacional.

EC nº 07/95: extinguiu as determinações constitucionais sobre exclusividade de funções reservadas a brasileiros sobre navegação nacional, bem como a exclusividade reservada às embarcações nacionais sobre navegação de cabotagem e interior, reservando à lei o trato das matérias referentes à ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto ao transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

EC nº 08/95: extinguiu a obrigatoriedade de a concessão dos serviços de telefônicos, telegráficos, transmissão de dados e outros de telecomunicações serem outorgados apenas a empresas sob controle acionário estatal, reformulando totalmente a conceituação desses serviços pela nova redação dada ao artigo 21, XI da CF, prevendo, inclusive, a criação de um órgão regulador para reger esse novo mercado.

EC nº 09/95: permitiu a contratação das atividades sujeitas à monopólio da União, listadas nos incisos I a IV do art. 177, a empresas estatais ou privadas, extinguindo a exclusividade anteriormente reservada à Petrobras.

EC nº 13/95: extinguiu a obrigatoriedade do resseguro ser exercido apenas por órgãos oficiais, liberando essa parcela de mercado à iniciativa privada, a qual passou a concorrer com o Instituto de Resseguros do Brasil – IRB.

EC nº 19/95: acresceu o princípio da eficiência para regência de toda a Administração Pública no país, com típico conteúdo econômico.

EC nº 36/02: permitiu que pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no país possam ser proprietárias de empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, anteriormente exclusividade de brasileiros natos ou brasileiros naturalizados há mais de 10 anos. A Emenda também permitiu a possibilidade de participação de capital estrangeiro nas referidas empresas, remetendo à legislação ordinária a disciplina do tema.

EC nº 40/02: revogou todo o Capítulo IV da redação originária, que previa um conjunto de determinações ao sistema financeiro nacional, substituindo aquelas prescrições *finalísticas* por uma redação programática, prevista no novo artigo 192, o qual atribui à lei complementar dispor sobre todas as matérias, com o objetivo de promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade, prevendo a participação de cooperativas de crédito e participação do capital estrangeiro nas instituições que integram o sistema financeiro nacional.

EC nº 49/06: autorizou a permissão de produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas, relativizando vedação antes contida no rol de atividades sujeitas a regime de monopólio da União, previstas no inciso V, do artigo 177 da CF.

Garcia Amado defende a importância de o Direito ser compreendido enquanto produto histórico, “*solo comprensible a partir de su propia realización*”¹⁵⁷.

A “crença obstinada” de que “a análise econômica só faz sentido e pode dar frutos quando ligada a um estudo do desenvolvimento histórico” deve ser privilegiada.¹⁵⁸ É mediante a análise do trato histórico que se avivam as particularidades dos cambiantes comportamentos humanos e de suas instituições sociais. Perry Anderson, ao tratar do modo de produção feudal, assinalou como a concepção legal caracterizadora da relação de servidão entre camponeses e os senhores feudais repercutia diretamente no funcionamento da economia. Essa específica relação social permitiu-lhe concluir que “nem o trabalho nem os produtos do trabalho eram bens. (...) A propriedade agrícola era controlada privadamente por uma classe de senhores feudais, que extraíam um excedente de produção dos camponeses através de uma relação político-legal de coação”¹⁵⁹.

A corveia, da mesma forma, consistente na obrigação de trabalho gratuito do servo nas terras do senhor, só pode ser compreendida no específico contexto sociopolítico caracterizador da vassalagem.

Celso Furtado, em referência ao Brasil do século XIX, assinalava que o sistema jurídico legitimador da escravidão fazia com que a propriedade da força de trabalho pertencesse ao senhor de escravos e não ao trabalhador. Por meio dessa concepção, “prevalecia então a ideia de que um escravo era uma ‘riqueza’ e que a abolição da escravatura acarretaria o empobrecimento do setor da população que era responsável pela criação de riqueza no país”¹⁶⁰.

O reconhecimento e a importância da interação entre Direito, Economia e Política refutam, contudo, a adoção de teorias deterministas, razão pela qual o sentido de aplicação da norma não pode ser tido numa acepção unívoca. Deve-se salientar que, não obstante as valiosas contribuições que o pensamento marxista ensejara para compreensão do sistema capitalista de produção, seu determinismo deve ser evitado.¹⁶¹

¹⁵⁷ AMADO, Juan Antonio Garcia. Teorias de la tónica jurídica. 1. ed. Madri: Editorial Civitas, p. 264.

¹⁵⁸ DOBB, Maurice. A evolução do capitalismo. 9. ed. Trad: Manuel do Rêgo Braga. Rio de Janeiro: LTC, 1987, p. 7.

¹⁵⁹ ANDERSON, Perry. Passagens da antiguidade para o Feudalismo. 5. ed., Trad: Beatriz Sidou. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 143.

¹⁶⁰ O próprio Furtado se encarregou de desmistificar essa falsa percepção ao assinalar que “a abolição da escravatura *per se* não constitui nem destruição nem criação de riqueza. Constitui simplesmente uma redistribuição da propriedade dentro da coletividade. FURTADO, Celso. Formação Econômica do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p.199-200.

¹⁶¹ Marx percebia o Direito e a Política (enquanto instituições da super-estrutura) como meras determinações da Economia (infraestrutura). O principal eixo explicativo do seu pensamento decorre do método histórico dialético,

Assiste razão a Miguel Reale quando percebe que “há, pois, entre Economia e Direito uma interação constante, não se podendo afirmar que a primeira cause o segundo, ou que o Direito seja mera ‘roupagem ideológica’ de uma dada forma de produção”¹⁶²

Essa interação entre Economia, Política e Direito está refletida no método do Direito Econômico. Washington Peluso Albino chama-o de “método analítico substancial”. Segundo sua formulação, o aplicador da norma necessita perpassar por três etapas fundamentais para formar seu juízo. A primeira se vale da análise econômica; a segunda, da compreensão da política econômica. Só então se mostrará possível formular as conclusões propriamente jurídicas. Essa simbiose, como o autor a ela se refere, permitirá ao Direito Econômico atender aos temas que lhe são próprios.¹⁶³

A proximidade do método do Direito Econômico com a perspectiva teleológica resulta, em última medida, na identificação de um propósito comum. Tal como toda perspectiva teleológica busca consagrar, o fim do Direito Econômico reside na estipulação de conteúdo finalístico aos fatos econômicos, por meio de um conjunto de técnicas e instrumentos que materializam uma determinada concepção de intervenção estatal na economia.

O reconhecimento da legitimidade desse ramo do Direito só se mostra possível quando se supera a ideologia liberal clássica e se reconhecem novas atribuições políticas ao Estado.

sintetizado na luta de classes travada entre a burguesia “classe detentora dos meios de produção” e o proletariado “possuidor apenas de mão de obra”, donde se resultaria a dominação da classe burguesa sobre o proletariado por imposição de seus valores e crenças. No Manifesto Comunista, Marx e Engels, ao explicarem o conceito de ideologia como falsa compreensão da realidade, resumem o caráter determinista do mundo econômico: “As suas ideias [noções burguesa de liberdade, cultura, lei, etc] não passam de um produto das condições de sua produção e propriedades burguesas, exatamente como a sua jurisprudência não passa da vontade de sua classe transformada em lei para todos. *Uma vontade cujo caráter e direção essenciais são determinados pelas condições econômicas da existência de sua classe.* [...] As ideias dominantes de cada época sempre foram as ideias da classe dominante.” Essa compreensão vai ser refletida no papel esperado pela Política e pelo Estado para Marx: “O poder político, propriamente chamado, é, meramente, o poder organizado de uma classe para oprimir a outra” e “o Poder executivo do Estado moderno não passa de um comitê para gerenciar os assuntos comuns de toda a burguesia”. MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. O Manifesto Comunista. Tradução: Maria Lúcia Como. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, p.12; 36; 43-44.

¹⁶² REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.21.

¹⁶³ “Assim funciona na espécie:

- a) ‘observação’ do ‘fato econômico’, que vai figurar como ‘núcleo’ ou ‘substância’ da ‘norma de direito econômico’, nesta primeira fase do raciocínio. São utilizados métodos da Ciência Econômica;
- b) ‘caracterização’ da ‘política econômica’, como ‘elemento substancial’, nesta segunda fase, pelo ajustamento do ‘fato econômico’ à ‘ideologia’. São utilizados métodos da Ciência Política;
- c) elaboração das ‘hipóteses’ e das ‘conclusões’ jurídicas relativas ao ‘fato político-econômico’, dando-lhes o tratamento de ‘fato jurídico’ em toda extensão de suas manifestações, não só na identificação da ‘norma’ em que figura como ‘conteúdo’, mas também da ‘regra’, assim como na elaboração, na interpretação, na aplicação das leis, ou mesmo na pesquisa científica do Direito Econômico. O recurso a essa simbiose permite ao Direito Econômico atender aos temas que lhe são próprios.” SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras linhas de Direito Econômico. 6. ed. São Paulo: LTR, 2005, p.106.

Ainda que no curso da história da humanidade seja possível identificar inúmeras medidas tipicamente interventivas, perpassando desde a longínqua antiguidade,¹⁶⁴ a sistematização da intervenção estatal só adveio no século XX, com o surgimento da noção de Estado do Bem-Estar Social.

Em sociedades complexas como a nossa, a escolha sobre o que deve ser realizado ficará sempre estribada nos fundamentos que assentam o Estado Democrático de Direito. De certo modo, pode-se dizer que, em grandes linhas, a escolha já foi feita pelo Constituinte quando se erigiu uma série de direitos fundamentais extensíveis a todos os cidadãos. Direitos esses que, superada uma perspectiva estatal absenteísta, pressupõem prestações positivas estatais que assegurem, em alguma medida, acesso a direitos como educação, saúde, seguridade social, energia, transporte público e outros de caráter social, o que nos permite concebê-los como verdadeiras expressões dos direitos humanos.

Esses direitos comporiam uma segunda família, na lição de Genaro Carrió. A primeira é composta pelos chamados direitos civis e políticos, como as prerrogativas de direito à vida, integridade física, moral e psíquica, inviolabilidade de domicílio e outros papéis privados. Para esses primeiros, o papel esperado do Estado é, sobretudo, de abstenção; já a segunda, seria composta pelos relativamente novos direitos econômicos, sociais e culturais do chamado constitucionalismo social, sendo, portanto, integrada por pretensões de *“percibir una retribución justa, la de recibir una educación adecuada, la de gozar de una vivienda digna, la de recibir un retiro que permita vivir sin apremio los años de la vejez...”*¹⁶⁵ Para terem coloração real, esses direitos exigem ações estatais, que se mostrarão positivadas nas políticas públicas definidas para cada setor.

A redação conferida ao artigo 170 da CF/88 prescreve uma finalidade geral à ordem econômica: “Assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. A

¹⁶⁴ Paula Forgioni traz interessantes registros históricos relacionados à defesa da concorrência, ao longo da classificação trifásica evolutiva do tema, perpassando pelos períodos de: (i) disciplina da concorrência para eliminação de distorções tópicas (englobando a antiguidade grega e romana, Idade Média e Mercantilismo); (ii) concorrência percebida no liberalismo (*Sherman act*); e (iii) as normas antitruste como instrumento de implementação de políticas públicas (pós-guerra). Dentre os exemplos, vê-se que a adoção de regras pelas Comunas, na Idade Média, visava proteger os consumidores, como aquelas existentes em Florença, na qual “um fiscal, ao fim do dia, cortava a cauda de todos os peixes que haviam sido postos à venda, para que o consumidor, no dia seguinte, soubesse que o produto não era fresco. O próprio mecanismo das feiras era utilizado para que fossem evitados abusos de preços por parte dos comerciantes, principalmente de gêneros de primeira necessidade. Exigia-se, assim, que os agricultores levassem suas mercadorias a um determinado lugar (praça do mercado), em horas preestabelecidas, viabilizando a concorrência.” FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.45.

¹⁶⁵ CARRIÓ, Genaro R. *Los derechos humanos y su proteccion: distintos problemas*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, p. 28.

preservação da dignidade da pessoa humana, por mais desafiador que seja sintetizá-la, pressupõe um fim esperado para o funcionamento do mercado, em que se busca que o mundo fático do “ser” seja contrastado com um mundo almejado do “dever ser”, capaz de ser concretizado pela aplicação dos princípios dispostos no próprio artigo 170, bem como pela observância dos fundamentos e objetivos constantes nos artigos 1º e 3º da CF/88.

No plano infraconstitucional, a atuação estatal será, portanto, traduzida num conjunto de políticas públicas e de ações capazes de assegurar aquilo que se espera de qualquer mercado: que sirva ao atendimento das necessidades e anseios humanos de forma justa. É essa a preocupação, em última medida, que sintetiza a atuação legitimadora estatal em toda esfera econômica,¹⁶⁶ sem, contudo, desvirtuar ou descaracterizar a lógica de regência dos mercados.

A justificativa fundamentadora de atribuição de atividades ao Poder Público se assenta na busca do bem comum. Isso só se mostra capaz de ser discutido numa acepção condizente com a noção de Estado do Bem-Estar Social¹⁶⁷, que certamente não se mostra incompatível com os arranjos típicos de mercado que foram conferidos à atividade de geração de energia elétrica.

3.3. A lógica de funcionamento dos mercados

Ao se valer do método do Direito Econômico, a interpretação teleológica atribui relevância à racionalidade econômica para conferir sentido explicativo às condutas praticadas pelos agentes no ambiente regulado, bem como o alcance esperado de aplicação das normas. Desse modo, as linhas gerais explicativas do funcionamento dos mercados passam a ser discutidas, visto que, tal como referido no capítulo 2, por meio de ações de desestatização e privatização, o país introduziu a lógica de mercado no ambiente dos serviços públicos.

¹⁶⁶ “A primeira metade do Século XX trouxe acontecimentos que desbancaram essa teoria de alheamento do Estado. Sucessivamente, a 1ª Grande Guerra Mundial, a quebra da Bolsa de Nova York e a 2ª Grande Guerra Mundial, todos com graves consequências, deixaram clara a necessidade de modificação nessa política, tornando imperiosa a presença do Estado, tanto na economia quanto na área social. (...) Surge o Estado Intervencionista, legitimado a atuar sobre atividade privada para condicionar o exercício dos direitos a determinados fins sociais. Não se tratava, pois, de um retorno ao absolutismo, cujos princípios não mais se adequavam em relação ao Estado de Direito.” SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 139.

¹⁶⁷ “O Estado do bem-estar (Welfare state), ou Estado assistencial, pode ser definido, à primeira análise, como Estado que garante ‘tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade, mas como direito político.” BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO Gianfranco. *Dicionário de Política*. 8. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, vol. 1, p. 416.

A partir, portanto, do momento em que os serviços públicos passam a ser informados pela lógica típica de atividades submetidas à livre iniciativa, compreendê-la passa a ser um pressuposto necessário para bem regular a atividade. O atributo de permeabilidade¹⁶⁸ das normas abertas exige essa satisfação para produzir resultados finalísticos satisfatórios no processo de aplicação da norma ao caso concreto.

Mercados existem para satisfazer necessidades sociais. Essa ideia fundamental remonta aos registros mais longínquos de atividades que podem ser compreendidas como práticas mercantis. A existência de mercado se deve, enquanto realidade objetiva, à constatação de que pessoas viventes em coletividade precisam umas das outras para satisfação de suas necessidades. Não se quer, com isso, banalizar a complexidade que as relações travadas no mercado podem ensejar, mas o fato que a caracteriza resulta da impossibilidade de um ser humano produzir todos os bens e serviços que necessita para viver. Adam Smith sintetizou essa condição de forma muito peculiar:

Apenas pequeníssima parte das necessidades de um homem é suprida pelo produto de seu próprio trabalho. Ele satisfaz a maioria delas trocando aquela parte em excesso do produto de seu próprio trabalho que está muito acima de seu próprio consumo pelas partes do produto do trabalho dos outros de que necessitar. Todo homem, assim, vive pela troca ou se torna, até certa medida, mercador, e a sociedade cresce até ser uma sociedade comercial propriamente dita.¹⁶⁹

O mecanismo básico de funcionamento de qualquer mercado consiste na troca. Segundo Durkheim, sua caracterização central reside em constituir-se numa “instituição relativa à troca”¹⁷⁰.

No início dos tempos, as trocas se davam diretamente entre as mercadorias envolvidas, o que caracterizava o escambo. Com o passar dos anos, foram criados instrumentos representativos de valor a fim de facilitá-las. Não é difícil imaginar a dificuldade que seria

¹⁶⁸ Alexandre Aragão acentua que uma das características atuais do estágio de regulação estatal é a permeabilidade que se impõe ao Direito. Segundo ele, “com efeito, hoje se tem a consciência de que, quanto mais o Direito conhecer o campo a ser regulado, mais chances terá de propiciar uma regulação eficiente e dotada de maior efetividade.” ARAGÃO, Alexandre. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 92. O pensamento do autor, na verdade, reflete uma das características da maleabilidade das normas do Direito Econômico, que, segundo André LAUBADÈRE, caracteriza-se por se valer de processos de mutabilidade que “o direito conhece de maneira geral e que comporta regras, noções ou práticas próprias que constituem instrumentos particulares de mobilidade.” LAUBADÈRE, André. *Droit Public Économique*. Paris : Précis Dalloz, 1974, p. 115.

¹⁶⁹ SMITH, Adam. *Uma investigação sobre a natureza e a causas da riqueza das nações*. São Paulo: Hemus, 2008, p. 29.

¹⁷⁰ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

estabelecer um equivalente ideal entre quilos de carne e sacas de arroz entre dois negociantes interessados em trocar seus excedentes. O surgimento da noção de dinheiro advém, portanto, da ideia de algo instrumental, a fim de facilitar a realização das trocas. Representado por bens valiosos e escassos, tais como sal ou metais preciosos, o riquíssimo ciclo histórico do dinheiro deságua no surgimento da moeda-papel, perpassando depois pelos títulos de crédito, os valores mobiliários e atualmente pela predominância trazida pela praticidade dos cartões magnéticos. A engrenagem básica de funcionamento dos mercados, contudo, remanesce a mesma: relações sociais embasadas na troca.

As trocas no mercado são informadas pela lei da escassez. Não se trata de lei em sentido jurídico, mas sim na obrigatoriedade de se considerar que, para cada necessidade, utilidade ou desejo humano a ser satisfeito, há o sacrifício de recursos finitos. Do cotejamento entre recursos escassos de um lado e desejos infinitos de outro, surge a necessidade de se fazerem escolhas. As escolhas serão tomadas conforme o grau de liberdade e as regras definidas por cada ordenamento. Como aduz Samuelson:

O quê produzir, Como e Para quem não constituiriam problema se os recursos fossem ilimitados. Se fosse possível produzir uma quantidade infinita de cada produto, ou se as necessidades humanas estivessem plenamente satisfeitas, não faria diferença se se produzisse uma quantidade excessiva de qualquer produto em particular. Tampouco haveria importância se o trabalho e as matérias-primas fossem combinados de maneira insensata. Desde que todos pudessem ter tudo o que desejassem, não importaria a maneira pela qual os bens e as rendas fossem distribuídos entre diferentes indivíduos e famílias.¹⁷¹

Como não é possível todos terem tudo o que desejam ao mesmo tempo, a necessidade de se fazerem escolhas é medida impositiva. Para melhor balizamento das escolhas, as ciências econômicas têm se esforçado na elaboração de várias ferramentas, bem como de complexos enunciados e fórmulas com o propósito de atingir cada vez mais eficiência na tomada de decisão. A econometria é hoje muito valorizada, e seus fundamentos, assentados no abstrato mundo da matemática e da estatística, costumam provocar desconforto à maioria dos bacharéis em Direito.

O desconforto é de pouquíssima relevância perto da impropriedade que qualquer conclusão assentada em cálculos meramente econométricos pode ensejar quando dissociada

¹⁷¹ SAMUELSON, Paul Anthony. Introdução à análise econômica. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1975, p.19 e 20.

da compreensão da política econômica que a embasa. Ha-Joon Chang chama atenção para o fato de que a predominância atual desse enfoque tornou “particularmente a-históricas as discussões contemporâneas sobre a política de desenvolvimento econômico”, sendo que, “nas últimas décadas, com raras e honrosas exceções, poucos estudos sérios aplicaram a perspectiva histórica à análise do desenvolvimento econômico”¹⁷².

Tomada em perspectiva individualista, a decisão eficiente é aquela que consegue melhor satisfazer a necessidade eleita sacrificando a menor quantidade de recursos escassos. E isso se dá porque as escolhas são conduzidas conforme as preferências das pessoas. Em outra oportunidade, pude ressaltar como o ser humano é culturalmente insatisfeito e como isso acaba repercutindo na constante necessidade de se reformularem, inclusive, as escolhas inicialmente tomadas.¹⁷³ Para Bauman, essa seria, aliás, uma das causas do mal-estar do mundo pós-moderno, em razão da insatisfação gerada pela “constante mutação do mercado”.¹⁷⁴ Diogo Lara também sinaliza preocupação com esse comportamento incessante pelo novo na geração de “turbulências” de humor no campo da psiquiatria.¹⁷⁵

¹⁷² CHANG, Ha-Joon. Chutando a escada: a estratégia de desenvolvimento em perspectiva histórica. Trad.: Luiz Antônio de Oliveira. São Paulo: UNESP, 2004, p.21.

¹⁷³ SANTOS, Humberto Cunha dos. A racionalidade econômica e os fundamentos de mercado na implementação de políticas públicas: análise do julgamento do racionamento de energia elétrica pelo Supremo Tribunal Federal in Revista da Advocacia-Geral da União nº 23 – Ano IX – Jun/março 2010. Brasília: Advocacia-Geral da União, p. 171-212.

¹⁷⁴ Segundo o autor, o atual mercado “é inteiramente organizado em torno da procura do consumidor e vigorosamente interessado em manter essa procura permanentemente insatisfeita, prevenindo, assim, a ossificação de quaisquer hábitos adquiridos, e excitando o apetite dos consumidores para sensações cada vez mais intensas e sempre novas experiências”, o que acaba gerando uma sensação de mal-estar pela perda de referência de valores. BAUMAN, Zygmunt. O mal-estar da pós-modernidade. Trad: Mauro Gama e Cláudia M. Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 23.

¹⁷⁵ Turbulência é o termo usado por Diogo Lara para se referir aos eventos que podem gerar transtornos de humor às pessoas diagnosticadas com transtorno bipolar. O psiquiatra assinala que a base do humor “é o temperamento, sua estabilidade é fortemente influenciada pela natureza mais ou menos estável dos diversos temperamentos, mas também pela maturidade que adquirimos na formação do nosso caráter. No entanto, quando o temperamento é muito forte ou o humor está elevado, o impulso corrompe o caráter.” Esses impulsos, gerados pelo meio, acabam por influenciar os temperamentos afetando o espectro bipolar. Segundo ele, “os temperamentos são uma expressão biológica decorrente da nossa composição genética, da mesma forma que as feições, a altura, a cor, os cabelos e a vulnerabilidade para certas doenças. Na mistura que gera um indivíduo, o ambiente tem contribuição fundamental. As experiências ajudam a moldar nossa personalidade e nosso caráter, mas também são altamente influenciadas pelo nosso tipo de temperamento.” Ao destacar que vivemos numa sociedade que promove “a busca por intensa novidade”, o autor suscita a reflexão sobre se os benefícios trazidos pela provocação de mudanças compensam os “riscos da instabilidade, da inconseqüência e dos excessos gerados às pessoas.” Isso lhe permite concluir que o aumento “da bipolaridade pode ser o resultado da combinação do temperamento propenso à busca de novidades com o excesso de estímulos ambientais.” LARA, Diogo. Temperamento forte e bipolaridade: dominando os altos e baixos do humor. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 25; 33 – 37; 156.

As escolhas, materializadas em trocas, reservarão especial atenção para os preços dos bens e serviços.

3.3.1. Mecanismo dos preços

Preços, longe de serem entendidos como equivalentes de custos, são signos representativos de valoração atribuída às coisas. Valorar é dar importância e significado a algo. Diamantes só são caros porque são escassos e muitas pessoas o apreciam. Isso é ínsito à atribuição de valor, que, certamente, envolve uma perspectiva subjetiva, mas relacional, influenciada pelo fator tempo.

William Mitchell e Randy Simmons destacam o caráter desencorajador dos preços, tendo em vista seu caráter relacional:

Tendo em vista que preços indicam valores relativos que outras pessoas colocam sobre bens, os preços desencorajam o uso inadequado de recursos escassos. O fato de que algo é caro é um indicativo de que outros dão um valor a esse bem e de que é caro substituí-lo. Ao contrário, se algo é de graça – se tem um preço zero –, esse fato indica que esse bem tem pouco valor para os outros e que pode ser substituído facilmente. Baixos preços estimulam o consumo. Altos preços o desencorajam.¹⁷⁶

Essa perspectiva relacional fica muito nítida quando se verificam as oscilações dos preços das ações nos mercados bursáteis. São incontáveis as variáveis que influenciam a formação do preço da ação de uma empresa. Contudo, por serem signos de valoração que as pessoas atribuem àqueles ativos, qualquer evento que possa influenciar os diversos cenários de atuação da companhia ou de seu setor terá força suficiente para alterar o valor de sua ação. Não há sequer necessidade de que esse evento tenha um potencial de ganho ou prejuízo comprovado. Basta que ele seja capaz de influenciar o comportamento das pessoas que transacionam aqueles títulos. Nesse sentido, Robert Dorfman salienta que um conjunto de comportamentos no mercado é dado pelas expectativas que outras pessoas terão em relação a determinada decisão tomada.¹⁷⁷

¹⁷⁶ MITCHELL, William C; SIMMONS, Randy T. Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia. Tradução: Jorge Ritter. Topbooks: Rio de Janeiro, 2003, p.37.

¹⁷⁷ DORFMAN, Robert. Preços e mercados. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977, p. 26.

Como o preço de uma ação é dado pela sua “marcação a mercado”, de forma a acompanhar as transações correntes, em apenas frações de hora um ativo pode ter oscilações que beiram a irracionalidade, podendo perder todo o seu valor de face ou simplesmente dobrá-lo. Incontáveis são os exemplos de companhias atualmente consideradas *blue chip* que há alguns anos tinham seus papéis negociados a preços muito baixos se comparados a valores presentes.

A imprevisibilidade do comportamento humano, refletida nos preços praticados no mercado de capital, é destacada por Max Gunther:

A Bolsa de Valores, por exemplo, é um gigantesco mecanismo de emoções humanas. O que homens e mulheres estão fazendo, pensando, sentindo é que determina as altas e baixas das ações. O preço das ações de determinada empresa não sobe por causa de dados abstratos num balancete, nem porque as perspectivas futuras da empresa são objetivamente boas. O mercado não desaba porque um computador, num canto qualquer, de algum modo, resolveu que está subindo a pressão vendedora, mas porque pessoas estão preocupadas, desanimadas ou temerosas. Ou simplesmente porque vem vindo um fim de semana prolongado, quatro dias feriadados, e os compradores foram todos para a praia.¹⁷⁸

Se bem considerado, o acertamento do preço final de qualquer avença representa uma verdadeira luta entre pessoas que buscam maximizar seus interesses. Em um clássico contrato de compra e venda, o embate se dá pela postura do vendedor em buscar vender o bem pelo maior preço possível contra o intuito do comprador de pagá-lo pelo menor valor. Weber, ao explicar o comportamento volitivo desses atores, assim o retrata:

Toda troca racionalmente orientada é a conclusão mediante um compromisso de prévia luta de interesses aberta ou latente. A luta entre os interessados numa troca cuja conclusão supõe um compromisso dirige-se sempre, no caso de uma luta pelo preço, contra os que estão interessados na troca na qualidade de participantes (meio típico: o regateio) ou, no caso de uma luta de concorrência, contra terceiros, reais ou possíveis (atuais ou futuros) interessados na troca e concorrentes no tocante à produção ou obtenção (meio típico: oferecimento de preços mais baixos ou mais altos).¹⁷⁹

A troca pode recair sobre qualquer objeto passível de disposição. Mais uma vez, valendo-se do referencial teórico weberiano, tem-se que:

¹⁷⁸ GUNTHER, Max. Os axiomas de Zurique. 23. ed. Rio de Janeiro: Record, 2009, p.64.

¹⁷⁹ *Op. cit.*, p. 43.

A troca pode estender-se a tudo que, de alguma forma, seja “transferível” ao âmbito de disposição de outra pessoa e pelo qual esta esteja disposta a dar alguma retribuição. Portanto, não apenas a “bens” e “serviços”, mas também a oportunidades econômicas de toda espécie, por exemplo, uma clientela disponível simplesmente em virtude do costume ou da situação de interesses, mas sem qualquer garantia. Naturalmente, isso se aplica muito mais a todas as oportunidades de alguma forma garantidas por uma ordem. Objetos de troca não são, portanto, apenas utilidades atuais. Para nossos fins, é troca, no sentido mais amplo da palavra, toda oferta, baseada num acordo formalmente voluntário, de utilidades atuais, contínuas, presentes ou futuras, qualquer que seja sua natureza, contra determinadas contraprestações de qualquer espécie.¹⁸⁰

As trocas no mercado buscam satisfazer os anseios das pessoas, ainda que derivadas de uma prévia luta de interesses entre os pactuantes, visto que todos os interessados nas avenças concorrem pelas melhores oportunidades motivados por seus próprios interesses.

Se a perspectiva é individual, variando conforme a preferência de cada um, informada pela maximização de interesses próprios, com o ajuste dado por preços consensuais, mas orientado no maior bem-estar de cada pactuante, como se chega a um sistema eficiente de satisfação de interesses gerais?

Para lidar satisfatoriamente com essa questão, é preciso agregar alguns outros pressupostos. Muito deles terão no utilitarismo um forte referencial explicativo.

3.3.1.2. O lado da demanda

Toma-se, de início, o comportamento dos consumidores para analisá-lo em que medida ele tende ao equilíbrio. Decorrente do fato de as pessoas serem racionais, a teoria do consumidor pressupõe que qualquer um é capaz de ordenar suas preferências. Uma pessoa prefere algum bem em relação a outro bem e assim sucessivamente. Entre os bens considerados, também pode ocorrer de a pessoa se mostrar indiferente em relação à ordem de consumo. Desta forma, pode-se fazer um *ranking* de preferências: preferem-se mais certos bens em relação a outros ou simplesmente existe indiferença em relação a alguns deles.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 43-44.

Essa ordenação precisará ser complementada por outro fator: o grau de preferência. Para calculá-lo, os economistas “associam ao conceito de preferência um indicador chamado *função utilidade*, que mede a satisfação que um consumidor obtém ao consumir uma cesta”¹⁸¹ de bens.

A função utilidade é um conceito que serve para medir a satisfação individual de uma pessoa em relação a determinado bem. Não deverá ser utilizada para medir o grau de satisfação entre pessoas diferentes, pois, como já aduzido, as trocas no mercado se dão conforme as preferências pessoais de cada um, não sendo possível afirmar que alguém possa ter mais prazer que outro no consumo de um determinado bem. Juízos assim costumam ser tendenciosos e acabam por fazer mau uso do conceito. Na acepção da função utilidade, considera-se que o consumidor, em decorrência da insatisfação humana, não tem propensão a deixar de consumir. O que o limita a fazê-lo é a sua restrição orçamentária. Em razão disso, ele se vê obrigado a fazer escolhas.

Com essas premissas estendidas a todos os consumidores, é possível tracejar uma previsão de comportamento esperado da demanda. Por meio da curva de demanda, a Economia busca explicar como o preço influencia o comportamento do consumidor. Usualmente representada por uma curva decorrente da atribuição do preço no eixo vertical e quantidades de consumo na horizontal, a curva da demanda sinaliza que:

preços mais altos resultam em quantidades demandadas mais baixas. Quanto mais horizontal for a curva, mais a variação da quantidade demandada em reação a uma dada mudança de preço. Esse efeito se traduz em um importante conceito econômico, o de *elasticidade-preço da demanda*, que mede quão sensível é a demanda a uma variação de preço.¹⁸²

A energia elétrica, dado seu caráter de essencialidade e ausência de substitutos, é um típico bem inelástico. Isso não desnatura, contudo, o comportamento da demanda, apenas sinaliza que ela será menos sensível a aumentos de preços do bem. Essa característica reforça a importância da atividade numa perspectiva tipicamente econômica.

Outra importante conclusão comportamental extraída da curva de demanda, quando analisada em relação ao perfil de consumo de um determinado bem, é que sua inclinação

¹⁸¹ PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.42.

¹⁸² *Ibidem*.

negativa permite concluir que as primeiras unidades de consumo são mais valiosas que as subsequentes. Esse dado é facilmente compreendido. Os adeptos da prática de esporte certamente concordarão que o primeiro copo de água consumido após intenso exercício físico é sempre preferido em relação aos subsequentes. E, certamente, estarão dispostos a continuar a pagar por esse bem até atingirem um determinado nível de satisfação. O equilíbrio se dará quando o custo adicional de se obter mais um copo de água não conseguir satisfazer o benefício esperado com o consumo daquele bem. Nesta situação não há mais razão para que se perdue o consumo. Diz-se aí que o preço atingiu seu equilíbrio. Dito de outro modo, “a utilidade marginal do consumo é sempre positiva, mas decrescente. O primeiro litro de água para um homem morrendo de sede no deserto vale tudo de que ele dispõe; já o enésimo gole não vale quase nada”¹⁸³.

Desses enunciados, pode-se concluir que a demanda tenderá a consumir até atingir um ponto de equilíbrio em que o benefício marginal é igual ao custo marginal. Esse é o fundamento, em última medida, que embasa a perspectiva marginalista de contratação de energia segundo os leilões regulados da Lei nº 10.848/04, discutidos no capítulo primeiro, criados gradativamente a partir da introdução da lógica de mercado para reger a atividade.

3.3.1.2. O lado da oferta

Comportamentos similares ocorrem no lado da oferta. O pressuposto racional que informa a teoria da empresa é o comportamento de maximização de lucros. Atinge-se esse objetivo com decisões de como e quanto produzir, de tal modo que se possam satisfazer as pretensões demandadas com a maior diferença positiva entre receitas e custos totais.

Produzir é fruto de uma decisão racional que melhor aloca os fatores de produção. Na busca por maior eficiência, seu resultado será indicado, portanto, pela quantidade que maximiza os ganhos, dados os custos com mão de obra, capital e tecnologia. É uma decisão que depende fundamentalmente do comportamento dos outros agentes envolvidos na atividade produtiva, bem como dos custos gerais praticados na localidade em que a empresa resolva se estabelecer.

¹⁸³ *Idem*, p.49.

A quantidade a ser produzida dependerá dos custos envolvidos na atividade. Nesse equacionamento, é levado em conta o custo médio total, expresso pelo custo total dividido pela quantidade total produzida. Nesse custo médio total encontram-se inseridos dois componentes: o custo fixo e o custo marginal. Como a nomenclatura dos conceitos sugere, o primeiro independe da quantidade produzida, sendo que o segundo corresponde ao custo incremental para cada unidade a mais produzida. Nisso, há uma constante:

Devido à presença de custos fixos, em geral o custo médio é alto para a produção de pequenas quantidades, cai quando ela aumenta, atinge um mínimo e depois volta a subir. O custo marginal, que exclui o custo fixo, costuma ser crescente, visto que a produção começa utilizando os métodos mais baratos e evolui para métodos mais caros conforme se produz mais.¹⁸⁴

Considerado que o preço não se altera com a quantidade de unidades vendidas, pode-se extrair a receita marginal da empresa, isto é, a receita que se obtém com a venda de uma unidade a mais. Simetricamente ao comportamento da demanda, o ponto de equilíbrio da produção é dado pela equivalência entre a receita marginal e o custo marginal, oportunidade em que há maximização de ganhos para a empresa. Se a receita marginal for menor que o custo marginal, isso significa que a empresa está gastando mais para produzir, o que torna seu comportamento deficitário.

Considerados, portanto, todos esses pressupostos, o mercado possibilitaria a alocação mais eficiente dos bens, conforme as preferências e disponibilidades das pessoas. Por mais que não sejam inusitados os casos em que os próprios ofertantes são os criadores de necessidades no mercado¹⁸⁵, as trocas são pressupostas na satisfação de uma necessidade da demanda. É por essa razão que recorrentemente se fala na soberania do consumidor¹⁸⁶ no processo decisório.

3.3.2. Os custos de transação

¹⁸⁴ *Idem*, p. 53.

¹⁸⁵ Basta perceber a quantidade de novas facilidades criadas pelos setores tecnológicos de informática.

¹⁸⁶ Segundo Robert Dorfman, por soberania do consumidor “entende-se que os bens produzidos devem ser aqueles que o consumidor deseja adquirir.” *Op. cit*, p. 239.

Ocorre, contudo, que a teorização da lógica de mercado nem sempre consegue abarcar todas as nuances comportamentais dos agentes. Ronald Coase teve o mérito de chamar a atenção para a incapacidade dessas teorias em explicar a complexidade dos comportamentos praticados, tal como se as trocas se dessem quase que mecanizadas. Coase assinalou os incontáveis custos de transação que influenciam no estabelecimento das trocas e que, necessariamente, devem ser levados em conta no mecanismo de estabelecimento de preços. Ao se referir às empresas (*firms*), aduziu que uma das razões de elas serem instituídas é para revelar o verdadeiro preço de uma transação:

The main reason why it is profitable to establish a firm would seem to be that there is a cost of using the price mechanism. The most obvious cost of "organising" production through the price mechanism is that of discovering what the relevant prices are.

This cost may be reduced but it will not be eliminated by the emergence of specialists who will sell this information. The costs of negotiating and concluding a separate contract for each exchange transaction which takes place on a market must also be taken into account. Again, in certain markets, e.g., produce exchanges, a technique is devised for minimizing these contract costs; but they are not eliminated. It is true that contracts are not eliminated when there is a firm but they are greatly reduced.¹⁸⁷

As contribuições de Coase serviram para aproximar o Direito à Economia, pois conferiram à ciência jurídica a função de auxiliar no combate aos custos de transação, por meio do estabelecimento de mecanismos capazes de conferir maior eficiência às transações havidas no mercado. A necessidade de um olhar mais aproximado entre Direito e Economia ganha mais evidência a partir do espraiamento das ideias da Escola de Chicago com o

¹⁸⁷ "A factor of production (or the owner thereof) does not have to make a series of contracts with the factors with whom he is co-operating within the firm, as would be necessary, of course, if this co-operation were as a direct result of the working of the price mechanism. [...]"

There are, however, other disadvantages-or costs of using the price mechanism. It may be desired to make a long-term contract for the supply of some article or service.

This may be due to the fact that if one contract is made for a longer period, instead of several shorter ones, then certain costs of making each contract will be avoided. [...]"

When the direction of resources (within the limits of the contract) becomes dependent on the buyer in this way, that relationship which I term a "firm" may be obtained.'

A firm is likely therefore to emerge in those cases where a very short term contract would be unsatisfactory. It is obviously of more importance in the case of services labour-than it is in the case of the buying of commodities. In the case of commodities, the main items can be stated in advance and the details which will be decided later will be of minor significance." COASE, Ronald H. *The nature of the firm*. Economica: Blackwell Publishing, 1937.

movimento atualmente conhecido como “*Law and Economics*”¹⁸⁸. Um reflexo positivo dessa perspectiva, talvez de maior importância para o que ora se propõe, é o de prestigiar um enfoque jurídico que confira à racionalidade econômica um papel de destaque para a compreensão do sentido das condutas praticadas no mercado, bem como da extensão dos preceitos jurídicos que procuram regular essas condutas. Esse tipo de enfoque que, certamente, não deve ser confundido com simples substituição da perspectiva jurídica pela econômica, permitirá compreender que as instituições e decisões jurídicas produzem impacto no mundo econômico. Como Eros Grau assinala, “a economia condiciona o direito, mas o direito condiciona a economia”¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Uma revisão da literatura pode ser consultada em ROEMER, Andrés. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de cultura económica, 2000, assim como em “Law and Economics” de Rachel Sztajn, in ZYLBERSZTJAN, Decio e SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia - Análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 74-83.

¹⁸⁹ GRAU, Eros. *O Direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.59.

Capítulo 4. O racionamento de energia elétrica em 2001 e o julgamento do Supremo Tribunal Federal

A partir da análise do julgamento da ADC nº 09-06, pretende-se abordar, em termos comparativos, a perspectiva de caráter formal proposta pelo ministro relator da ação e a prevalecente tomada pela maioria do Tribunal, esta última de caráter teleológico. Nesse comparativo, assentado em precedente relevante para o setor elétrico, busca-se ressaltar a incapacidade da primeira abordagem para enfrentamento adequado da situação posta na lide.

Diversamente do que interpretações formais possam sustentar, o plano de racionamento de energia elétrica foi medida estatal de proteção ao consumidor em situação de escassez da oferta de energia no país. Essa compreensão, contudo, só se mostra possível se for levada em conta a perspectiva teleológica, capaz de internalizar a racionalidade econômica dos atores e a aproximação necessária entre Direito e Economia.

4.1. O racionamento de energia elétrica de 2001

O Brasil vivenciou em 2001 uma de suas maiores crises de suprimento de energia elétrica. O caso repercute ainda hoje com os desdobramentos das medidas de combate aos efeitos da crise¹⁹⁰ e serviu de aprendizado para o aperfeiçoamento das grandes linhas regulatórias do setor elétrico brasileiro, atualmente positivadas pelas leis nº 10.847/04 e 10.848/04.

O racionamento caracterizou-se pela incompatibilidade entre a oferta de energia e a demanda requerida. A sua principal causa é atribuída ao atraso na construção de empreendimentos de geração e transmissão de energia elétrica no período de 1998 a 2001, que deveriam acompanhar o crescimento estimado da demanda.¹⁹¹ Esse atraso significou, em 2001, déficit de “22 mil GWh, equivalente a 15% da capacidade de armazenamento conjunta

¹⁹⁰ Recentemente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade dos encargos tarifários criados pela Lei nº 10.438/02, também conhecidos como “seguro-apagão”, em análise de dois recursos extraordinários que haviam tido a repercussão geral reconhecida. Em um dos julgados, reconheceu-se que a “Suprema Corte já decidiu que as despesas destinadas a assegurar a continuidade, melhoria e expansão de um serviço público integram o preço público destinado a remunerá-lo.” [RE 576189/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 22.4.2009. \(RE-576189\)](#) – Pleno – Supremo Tribunal Federal – DJ 22/04/2009.

¹⁹¹ Análise a partir das conclusões oficiais da Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica. www.planalto.gov.br. Acesso em 12 de fevereiro de 2009.

das regiões Sudeste, Centro-Oeste e Nordeste. Caso nenhum desses atrasos tivesse ocorrido, o nível de armazenamento destas regiões em fins de abril de 2001, que era de 32%, teria sido acrescido de 15 pontos percentuais, chegando a 47%”¹⁹².

O impacto do atraso na expansão da oferta foi potencializado por um ano de hidrologia desfavorável, com poucas chuvas e forte estiagem em várias regiões, além de ter sido agravado por fatores relacionados à implementação do modelo de livre comercialização inaugurado pela Lei nº 9.648/98, em especial no sobredimensionamento atribuído à energia assegurada das usinas.

Maurício Tolmasquim ressalta ainda que as empresas estatais ficaram impossibilitadas de fazer novos investimentos no setor em razão de terem sido incluídas no Programa Nacional de Desestatização, o que as impedia de assumirem novas obrigações, deixando o país na dependência dos investimentos privados dos demais concessionários.¹⁹³

A solução adotada pelo Poder Público naquela ocasião não poderia ser outra senão buscar compatibilizar a demanda à oferta. Se não era possível agregar maior oferta no curto prazo, tendo em vista os prazos de construção dos empreendimentos elétricos – em média 3 a 5 anos para usinas hidroelétricas e 2 anos para linhas de transmissão –, mostrava-se necessário reduzir a demanda. Eis, portanto, que as principais medidas do programa de racionamento foram concentradas na demanda, consistentes em: (i) imposição de meta de consumo para todas as classes de consumidores (residenciais, comerciais, industriais, consumidores livres, poder público e rurais); (ii) aumento das tarifas para as faixas de consumo acima da meta (a chamada “sobretarifa”); (iii) concessão de estímulos econômicos, por meio de bônus e compensações, para aqueles que reduzissem o consumo aquém da meta; e (iv) possibilidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica para os consumidores que descumprissem a meta.

A meta do programa era reduzir o consumo geral em 20%, segundo relatório de confiabilidade apresentado pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) à época. As ações do programa do racionamento vieram oficializadas por meio da Medida Provisória nº 2.152/2001, que, em sua quarta edição¹⁹⁴, serviram de parâmetro para que o então presidente

¹⁹² Presidência da República. Relatório da Comissão de Análise do Sistema Hidrotérmico de Energia Elétrica. KELMAN, Jerson (Coord.). Câmara de Gestão da crise de energia elétrica, 2001, p.6.

¹⁹³ TOLMASQUIM, Maurício Tiomno. Novo modelo do setor elétrico. Rio de Janeiro: Synergia; EPE: Brasília, 2011, p. 17.

¹⁹⁴ A Emenda Constitucional nº 32/01 deu nova redação ao artigo 62 da CF/88 extinguindo a possibilidade de sucessivas reedições das Medidas Provisórias. Nos termos da atual redação do §7º, só é admitida uma única vez a prorrogação. A referida Emenda preservou, contudo, a vigência das medidas provisórias editadas em conformidade com a redação anterior do artigo 62 da CF/88, conforme disposição contida em seu artigo 2º.

Fernando Henrique Cardoso propusesse a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 09/06 (ADC nº 09/06) junto ao Supremo Tribunal Federal, buscando dissipar as controvérsias judiciais quanto à legitimidade de suas prescrições. À época da propositura da referida ADC, a Advocacia-Geral da União listou mais de 127 ações judiciais em curso.¹⁹⁵ Em momento nenhum, o STF questionou a existência de relevante controvérsia judicial como empecilho ao conhecimento da ação.¹⁹⁶

4.2. O julgamento da ADC nº 09/06

O julgamento da ADC nº 09/06 envolveu forte correlação entre a análise jurídica e os dilemas econômicos enfrentados em situação de escassez dos bens. Logo ao propor a inicial, o presidente da República buscou justificar as medidas que estavam sendo implantadas pelo caráter atípico verificado no comportamento do mercado:

(i) As metas estão estabelecidas em critérios que permitirão “uma redução autogerida, em que são preservadas a autonomia e as prioridades individuais. Com efeito, cada consumidor adequará as suas necessidades à execução da meta, elegendo entre formas alternativas de consumo, isto é, optando pelo desligamento de alguns eletrodomésticos, pela utilização de lâmpadas fluorescentes, pela redução do uso do chuveiro e ferro elétricos, dentre outras opções.”¹⁹⁷

(ii) “Em face da escassez do bem energia elétrica e da consequente elevação do seu custo, instituíram tarifas especiais para aqueles consumidores que consumirem acima da meta e bônus – a saber, a necessária contrapartida tarifária de estímulo à poupança – para aqueles que reduzirem seu consumo em parcela excedente à poupança determinada pela respectiva meta.”¹⁹⁸

(iii) “O terceiro instrumento previsto no Programa é a suspensão do fornecimento de energia elétrica, comumente denominado “corte.” Trata-se de um mecanismo de redução compulsória do consumo, se inoperante a redução voluntária. Assegura-se, em consequência,

¹⁹⁵ Anexos 5 a 13 da Inicial da ADCnº 09-DF. Relator: Min. Néri da Silveira. DJ 23/04/2004.

¹⁹⁶ O artigo 14, inciso III da Lei nº 9.868/99 exige, como requisito de admissibilidade da ADC, que haja relevante controvérsia judicial sobre a matéria. Como os atos normativos gozam de presunção de constitucionalidade, seu questionamento, de forma concentrada, demanda a comprovação objetiva que se tenha dúvida fundada em relação à constitucionalidade daqueles dispositivos.

¹⁹⁷ ADCnº 09-DF. Relator: Min. Néri da Silveira. DJ 23/04/2004, p.63.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

o cumprimento da meta em benefício de toda a coletividade, já que, sendo a energia elétrica um bem ou recurso comum, se ela faltar, faltará para todos. Logo, aos não-solidários consumidores de energia elétrica reservou-se a suspensão do fornecimento de energia, como instrumento que garanta eficácia da observação da devida meta. Reitere-se que, aos consumidores cujo consumo mensal seja igual ou inferior a 100 Kwh, não se aplica a suspensão do fornecimento por inobservância da meta, já que, além de o seu consumo já ser reduzido e afigurar-se pouco expressivo um eventual excesso, não haveria como se lhe exigir uma redução ainda maior.”¹⁹⁹

O ministro Néri da Silveira, relator da ação, julgou pela inconstitucionalidade do programa de racionamento. Na sua percepção, as medidas retratavam um desvirtuamento da tarifa, visto não terem caráter contraprestacional ao serviço.²⁰⁰ Entendeu, ademais, que as medidas violavam os preceitos constitucionais que asseguram a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, art. 170, V e 175, II e IV). Afirmou que:

não há (...) legitimidade constitucional para a suspensão do fornecimento de serviço essencial concedido, como o de energia elétrica, àqueles usuários, consumidores finais, e, no caso concreto, tão-só porque, em seu consumo mensal de energia elétrica, ultrapassaram o número de kwh, pré-estabelecido, com base em plano de contingenciamento de gasto, em medida provisória que, assim, se entremostra sem amparo na Constituição e revela evidente caráter punitivo.²⁰¹

Por fim, vislumbrou desrespeito aos “princípios da razoabilidade e proporcionalidade”²⁰², sem acrescentar outras razões para justificar em que medida assim se apresentavam.

Se for tomado o caráter central da argumentação do relator da ação, vê-se que a discussão de caráter econômico é renegada. Os termos utilizados expressam pouca ou nenhuma significância atribuída à ótica da racionalidade econômica para se buscar extrair o sentido da norma. As expressões evidenciam isso. O corte de fornecimento de energia é encarado como indevido por “tão só” ter se descumprido a meta de racionamento. Em

¹⁹⁹ *Idem*, p. 34.

²⁰⁰ “Bem de ver, é pois, que de tarifa, *nomine próprio*, aqui não se cuida. De fato, a tarifa, remuneração de serviço, o preço público tem como marca indelével ser contraprestação de serviço, qual bem o anotou Carlos Valder Nascimento.” *Idem*, p. 83.

²⁰¹ *Idem*, p. 90.

²⁰² “De outro modo, ainda, os valores previstos nas normas em referência também não poderiam prevalecer por sua desproporção, relativamente à causa de sua exigência, ferindo os princípios de razoabilidade e proporcionalidade.” *Idem*, p.92.

momento nenhum foi suscitada a pergunta econômica de difícil solução: como resolver a hipótese de existirem consumidores dispostos a pagar preços mais caros pela energia sem se atrelarem a meta alguma? E, na hipótese de existirem esses consumidores, quem produziria a energia demandada em uma situação de extrema escassez do bem?

Ao discutir a lógica de mercado, pôde-se ressaltar como a noção de preços encerra uma tradução de consensos definidos no mercado. Em uma percepção mais ampla, vê-se que o mercado é melhor compreendido segundo uma concepção abstrata que viabilizam as trocas. Sem a internalização da aceção da troca, os mercados não conseguem ser compreendidos, ficando inócua qualquer tentativa jurídica de regulá-los. Se esses pressupostos, em conjunto com toda lógica de funcionamento dos mercados discutida no capítulo terceiro, for transposta para a análise da fundamentação do voto do ministro Néri da Silveira, teríamos que admitir que consumidores mais abastados poderiam continuar a consumir energia elétrica em escaladas crescentes, mesmo com tarifas mais altas, desde que fosse essa a prioridade deles.

Propensos, portanto, a continuar a pagar pela energia, esses consumidores não teriam impeditivos para racionarem seu consumo, mesmo no momento crítico de escassez do bem vivenciado no país. Sem a possibilidade de corte, o único elemento balizador para a tomada de decisão seria mensurar o preço da energia e, obviamente, ponderar a conveniência de seu consumo conforme as restrições orçamentárias de cada consumidor. Nessa hipótese, uma situação que poderia vir a ocorrer é ter que admitir que a energia elétrica pudesse ser consumida por aqueles que tivessem mais recursos em detrimento de menos afortunados. Uma grande indústria eletrointensiva, em momento aquecido do mercado por seus produtos, com câmbio favorável, poderia continuar a consumir energia sem qualquer meta restritiva.

Em momento crítico de escassez do bem, como na hipótese de racionamento, a redução de consumo apenas pela via de aumento de preços poderia não se mostrar suficiente para garantir o efeito esperado de redução da demanda em 20%, daí a razão da previsão do corte como medida extremada para os casos de recalcitrância na redução de consumo. Esse dado não foi considerado na decisão do ministro relator pela falta do estabelecimento de diálogo entre Economia e Direito, apresentando uma decisão assentada numa perspectiva meramente formal.

A perspectiva teleológica, por sua vez, mostra-se mais capacitada para enfrentamento de situações postas pelo mercado, pois fundamenta conclusões que partem da compreensão do comportamento dos atores como elemento de delimitação do sentido de aplicação da norma. Se forem admitidas as premissas de que as pessoas são racionais e maximizadoras de utilidades, sem a possibilidade de corte, a conduta dos consumidores estaria pautada apenas

pela análise do custo da energia sem nenhum outro vetor de caráter social. É fundamental compreender que os agentes, no mercado, costumam aplicar a lei da escassez com enfoques individuais e não coletivos, por mais que queiramos atribuir componentes éticos e morais na regência de suas condutas.

O racionamento de energia elétrica impôs uma situação crítica à sociedade brasileira. Em razão de restrições da oferta, mostrava-se necessário adequar o perfil de consumo da demanda sem, contudo, deixar de assegurar um mínimo reservado do bem a todas as classes de consumo. A atuação estatal naquele momento era, portanto, voltada a consagrar esse objetivo, que só se mostraria evidente se a atuação fosse antecedida da compreensão peculiar do fenômeno que se pretendia regular.

Por mais paradoxal que isto possa parecer em uma primeira leitura, as medidas do plano de racionamento de energia elétrica vieram proteger o consumidor e não o contrário – consumidor compreendido enquanto coletividade, e não isoladamente. E isso se deve porque: (i) um mínimo de consumo foi assegurado, pois a todos os consumidores era garantido consumo mínimo mensal de 100 kwh, que não estava sujeito a racionamento nem a corte; (ii) as novas classes tarifárias, para as faixas acima da meta, serviriam de desestimuladores econômicos ao consumo, representando, em momento crítico de escassez, maior valoração social de um bem escasso. Do mesmo modo, aqueles que reduzissem seu consumo aquém da meta, teriam um ativo (bônus) que poderia ser destinado ao mercado, servindo de incentivo à poupança; e (iii) o corte do fornecimento de energia elétrica dos consumidores que não colaborassem espontaneamente com as medidas de redução visaria, por via coercitiva, garantir o atendimento aos demais consumidores solidários, dado o caráter social e imprescindível da energia, caracterizada com típico serviço público, como assim já se retratara no capítulo segundo.

A divergência na Corte foi iniciada com o voto da ministra Ellen Gracie que agregou elementos de racionalidade econômica à discussão jurídica, privilegiando uma perspectiva teleológica. Segundo ela, estariam preservados os preceitos de vinculação da tarifa à política tarifária, que, bem situada, “era estimular a redução de demanda, na impossibilidade momentânea de aumentar a oferta”²⁰³. Sobre a defesa do consumidor, encarou-a em uma perspectiva mais abrangente:

Incorre agressão, mas, muito ao contrário, há preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos

²⁰³ ADC nº 09-6-DF. Relator: Min. Néri da Silveira. DJ 23/04/2004, p.98.

continuem a utilizar-se moderadamente de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa. Não há inconstitucionalidade por violação ao direito de propriedade. Tudo porque inexistente propriedade a ser alegada em relação ao consumo de energia elétrica. (...) Tampouco considero que a suspensão do fornecimento seja medida que caracterize dupla punição. Os pressupostos de aplicação da sobretarifa e do corte de energia são diversos. Aqui, mais uma vez se revela a marcada preocupação que tiveram os redatores da medida, com a redistribuição entre os cidadãos dos ônus decorrentes da situação de carência ora enfrentada. Tudo para que os consumidores com maior poder aquisitivo que poderiam, portanto, manter-se indiferentes ao acréscimo de custo, tenham presente a possibilidade de serem levados, pela via coercitiva, ao exercício da solidariedade social mínima e não venham, como lembrou a inicial, a seguir aquecendo piscinas ociosas, até que falte a energia necessária para que se acenda uma simples lâmpada na residência pobre.²⁰⁴

O ministro Nélson Jobim acompanhou a divergência iniciada pela ministra Ellen Gracie. Após tecer considerações sobre o mecanismo de funcionamento da sobretarifa e do bônus, acrescentou ao seu voto a análise econômica que, de certo modo, embasa a ideia da curva de possibilidade de produção enquanto ferramenta das ciências econômicas que ao final deste capítulo será discutida. Buscou, para compreender o sentido da norma, caracterizar qual era a situação que se pretendia regular. Destaca-se em seu voto:

Devemos lembrar que o direito subjetivo, eventual, que possa se ter em relação ao fornecimento de energia elétrica é do que se tem, porque aqui estamos perante o direito a uma prestação e não um direito potestativo. É um direito que se satisfaz por meio de uma prestação e esta depende da capacidade de oferta. Se a capacidade de oferta reduziu-se, devem-se ajustar os consumidores a esta capacidade de oferta.²⁰⁵

Esse enfoque é fundamental para permitir que o diálogo entre Direito e Economia se estabeleça. Mesmo direitos fundamentais prestacionais podem sofrer restrições quando verificadas condições impossíveis de assegurá-los. Jorge Miranda aduz que:

A efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais não depende apenas da aplicação de normas constitucionais concernentes à organização económica. Depende também, e sobretudo, dos próprios factores económicos, assim como – o que nem sempre é suficientemente tido em conta – dos condicionalismos institucionais, do modo de organização e funcionamento da Administração pública e dos recursos financeiros. (...) E a doutrina fala no ajustamento do socialmente desejável ao economicamente possível, na subordinação da efectividade concreta a uma reserva económica

²⁰⁴ *Idem.* p. 99.

²⁰⁵ ADC nº 09-6-DF. Relator: Min. Néri da Silveira. DJ 23/04/2004, p.107.

do possível ou na raridade material do objeto da pretensão como limite real.²⁰⁶

O pensamento do possível, muitas vezes desvirtuado para buscar escudar maus gestores públicos, pressupõe uma situação basilar: o Direito necessita levar em conta as contingências econômicas, pois não é possível exigir algo que não seja capaz de ser realizado. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal possui diversos precedentes que levam em conta esse postulado.²⁰⁷

Acompanhando a divergência, o ministro Maurício Corrêa também sinalizou que as medidas do racionamento deveriam ser “entendidas sob o ângulo de sua estrita essencialidade, em face de seu caráter inadiável, imediato e intransferível”, ainda que as matérias impusessem “pesados ônus, sacrifícios e desconfortos, quiçá por imprevidência e incúria de quem teria a obrigação de prevenir, mas que aqui não comporta ser responsabilizado”²⁰⁸, votando, assim, pela constitucionalidade do programa.

O ministro Carlos Velloso, por sua vez, teve a preocupação de acentuar qual deveria ser a pergunta necessária para compreender a resolução do problema. Segundo ele: “Teria havido imprevisão por parte de órgãos governamentais? Isto não interessa discutir aqui. Certo é que vivemos uma crise de energia elétrica”²⁰⁹. Com as lentes voltadas para a situação de escassez, pôde concluir:

Parece-me procedente, de outro lado, o argumento no sentido de que, em sistema de escassez do serviço, possa o legislador, realizando a política tarifária que lhe incumbiu a Constituição, cobrar mais caro pelo serviço que excede à cota destinada ao consumidor. Tudo isso comporta-se no conceito de política tarifária, tornando-o realidade no mundo das coisas.²¹⁰

Essa posição também foi compartilhada pelo ministro Sepúlveda Pertence. Após reconhecer o caráter extrafiscal que a tarifa pode adotar, concluiu que tarifas são preços

²⁰⁶ MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.*, p. 348. [grifos nossos]

²⁰⁷ Dentre outros, destaca-se: “(...) O pensamento do possível tem uma dupla relação com a realidade. Uma é de caráter negativo: o pensamento do possível indaga sobre o também possível, sobre alternativas em relação à realidade, sobre aquilo que ainda não é real. O pensamento do possível depende também da realidade em outro sentido: possível é apenas aquilo que pode ser real no futuro. (...) a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da constituição - ainda quanto teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada - subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem. Supremo Tribunal Federal. ADI (EI) 1.289-DF – Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 27.02.2004, p. 327-332.

²⁰⁸ ADC nº 09-6-DF. Relator: Min. Néri da Silveira. DJ 23/04/2004, p.109.

²⁰⁹ *Ibidem.* p. 113.

²¹⁰ *Idem.* p. 114.

políticos e “se o problema político não é o preço da energia, mas é a falta de energia a vender, de nada serviria, porém, esse mecanismo de sobretarifa se não se lhe permitisse, em face de persistência no abuso, o corte de fornecimento”²¹¹. Esse também foi o entendimento do ministro Moreira Alves. Antes de concluir, o ministro apresentou distinção de tratamento da tarifa à luz da Constituição de 69 – estritamente vinculada a uma destinação específica – e a Constituição atual:

(...) hoje não parece haver dúvida de que a tarifa é um preço público de natureza política, inclusive, o que me permite, hoje, considerar que a tarifa possa ter – eu não digo efeitos extrafiscais, porque tarifa nada tem que ver com o fisco – efeitos que extravasam aquilo que é o normal do preço público, que é justamente a contraprestação do dinheiro em relação ao serviço ou à mercadoria que é prestada.²¹²

O ministro Marco Aurélio, presidente do Tribunal à época e último a votar, acompanhou o voto do ministro relator e, por considerar desvirtuado o conceito de tarifa, enquadrando-o “como um verdadeiro empréstimo compulsório, sem observância das disciplinas legais”²¹³, julgou inconstitucionais os dispositivos que embasavam o programa oficial de racionamento. Seu voto não traz elementos que permitam aproximar o Direito à Economia. Um detalhe curioso no julgamento foi que, quando indagado pelo ministro Pertence se não era possível racionar, o ministro Marco Aurélio limitou-se a responder que “não se pode transferir ao povo a culpa e ele pagar por ela”²¹⁴.

Discussões sobre culpa não costumam auxiliar na resolução de problemas tipicamente econômicos, pois não são capazes de solucionar as lides – exceto, é claro, se forem suscitadas em temas ressarcitórios entre agentes envolvidos. Não é demais relembrar que as responsabilidades por atos praticados no mercado são tipicamente objetivas e não subjetivas.²¹⁵ Em outras palavras, questões de índole psicossociais são irrelevantes, bem como as análises sobre as razões anímicas dos agentes causadores de danos ao mercado. Buscar discutir a atribuição de culpa em ação que tinha por objeto resolver o problema de regulação do comportamento da demanda em situação crítica de escassez de energia não se mostra

²¹¹ *Idem.* p. 118.

²¹² *Idem.* p.124.

²¹³ *Idem.* p. 142.

²¹⁴ *Idem.* p. 158.

²¹⁵ Art. 12 e 14 da Lei nº 8.078/90 disciplinam a responsabilidade objetiva por fato do produto ou do serviço em relações de consumo, sendo irrelevante a discussão sobre culpa. Do mesmo modo, a Lei nº 8.884/94 enuncia que as infrações à ordem econômica prescindem de qualquer discussão sobre culpa (art. 20). E o atual Código Civil, superando as prescrições do antigo Código de 1916, determina que a responsabilidade empresarial seja tida como objetiva (art. 931), além da previsão geral contida no parágrafo único do artigo 927.

adequado. A escassez continuaria a perdurar independentemente a quem fosse imputada a responsabilidade por aquela situação. Como resultado, essa percepção alteraria o sentido esperado de aplicação da norma, sendo capaz de resultar, por vias transversas, na alteração do objeto do controle difuso de constitucionalidade em ação de improbidade ou até mesmo de crime de responsabilidade.²¹⁶

Como Coase²¹⁷ sugere, mais importante que buscar atribuir responsabilidades por situações de escassez é analisar como os custos devem ser alocados. No caso de energia elétrica, considerado o comportamento inelástico da demanda em relação a preços de energia²¹⁸, caso o programa de racionamento não fosse mantido, a tendência seria que o bem pudesse se esgotar por aqueles que estivessem mais propensos a consumi-lo, maximizando utilidades individuais até colapsar o sistema, dado que a oferta não se compatibilizaria à demanda no curto prazo.

4.2.1. O resultado do julgamento

O julgamento foi concluído pela declaração de constitucionalidade do programa de racionamento de energia elétrica, deferindo-se medida cautelar para suspender – com eficácia *ex tunc*, e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, que viria a ocorrer ainda naquele ano – a prolação de qualquer decisão que tivesse por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos artigos 14 a 18 da Medida Provisória nº 2.152-2, de 1º de junho de 2001. Ficaram vencidos os senhores ministros relator e o ministro presidente. Votaram pelo deferimento os ministros Ellen Gracie, Nélson Jobim, Maurício Corrêa, Carlos Velloso, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Sydney Sanches.

O racionamento serviu para aperfeiçoar a função de planejamento no setor elétrico com a criação da Empresa de Pesquisa Energética (EPE) e o aprimoramento dos ambientes de comercialização de energia elétrica. Não se pode descuidar que as fortes medidas adotadas por ocasião do plano só se mostraram juridicamente legítimas porque, ao cabo, as atividades se

²¹⁶ Em momento mais acalorado da discussão com o ministro Marco Aurélio, o ministro Sepúlveda Pertence sugeriu então que se queimassem “os governantes para se fazer termelétrica.” *Ibidem*. p. 158.

²¹⁷ COASE, Ronald Henry. *The problem of social cost. The journal of law and Economics*. Chicago: University of Chicago, 1960.

²¹⁸ “A elasticidade-preço da demanda, às vezes chamada simplesmente de elasticidade da demanda, mede a variação percentual no preço. Se a elasticidade for menor que a unidade, diz-se que a demanda é inelástica; se for maior do que um, que ela é elástica. (...) Itens como eletricidade, serviços de água e esgoto e mesmo alguns remédios, além de essenciais, não têm substitutos próximos, por isso a sua demanda é muito inelástica.” PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 47-48.

caracterizam como serviço público, o que permite ao Poder Público maiores faculdades para conduzi-las em prol do bem comum.

4.2.2. A inexistência da perspectiva teleológica apresentada pelo relator da ação: a curva de possibilidade de produção

Muito, contudo, da discussão suscitada pelo ministro relator poderia ter sido evitada se, em vez de ter proposto a análise da lide por uma perspectiva formal, tivesse apresentado-a segundo uma perspectiva teleológica condizente com alguns pressupostos de funcionamento do mercado. Um deles, a curva de possibilidade de produção, mostra-se útil para lidar com situações que envolvem limites de produção.

A implementação de direitos em face de recursos escassos não é um tema de “absoluta clareza”, para nos valermos dos termos de Raúl Usera.²¹⁹ Se alguns conceitos econômicos forem levados em conta, como o comportamento da curva de possibilidade de produção, veremos que algumas decisões não são possíveis de serem tomadas, especialmente aquelas que procuram atribuir um caráter quase infundável aos bens sem considerar a inexorável situação de escassez que os acompanha.

Mireille Delmas-Marty admite ser imprescindível reconhecer a interdependência entre a Economia e os direitos do homem. Sua compreensão de direitos humanos implica em concebê-los como indivisíveis e interdependentes.²²⁰ Por assim serem, não devem ser admitidas políticas que façam hierarquizações de valores, pois, na prática, a “indivisibilidade implica, também, uma obrigação de coerência. Dizer que os direitos do homem são indivisíveis significa dizer que são complementares e devem ser tornados compatíveis. Em outros termos, [deve-se] interpretar os textos de tal forma que cada direito seja salvaguardado, senão de modo absoluto, ao menos de modo relativo”²²¹.

A incorporação pura e simples da percepção de indivisibilidade dos direitos traz, contudo, um problema de difícil resolução prática. É que, para garantir o conjunto de direitos indivisíveis a todas as pessoas, é preciso que o meio social disponha de recursos suficientes

²¹⁹ “Se interpreta la Constitución siempre que ésta há de ser aplicada. Dudamos, en consecuencia, que se produzcan casos constitucionales de absoluta claridad.” USERA, Raúl Canosa. *Interpretacion constitucional y formula política*. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, p. 75.

²²⁰ “Cada direito enunciado é determinado por cinco tipos de relações: uma relação civil, de reconhecimento jurídico como cidadão; política, de participação ativa no Estado; econômica, de reciprocidade de troca; social, de integração à sociedade democrática; e cultural, de pertença a uma comunidade.” DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. Lúmen-juris, p. 43.

²²¹ *Idem*, p. 48.

para tanto. E pode ocorrer que não existam recursos disponíveis para a promoção de todas as necessidades erigidas. O que fazer, portanto, diante desse cenário?

A resposta a essa pergunta não nos é dada satisfatoriamente por Delmas-Marty, já que, segundo ela, seriam admitidas certas concessões, desde que:

Concretamente as restrições recíprocas são possíveis – elas são, além disto, expressamente permitidas em certos textos –, mas que se acredita serem aceitáveis como genuínas exceções ou derrogações de um direito sob o pretexto do respeito a outro direito. Verdadeiramente falando, tudo é uma questão de proporção e equilíbrio.²²²

Não obstante a vagueza que a simples menção de proporção e equilíbrio suscita, a restrição de um direito é admitida se for, excepcionalmente, para incrementar a satisfação de outro. Além de se tratar de uma hipótese bem restritiva, parece que, como toda escolha, a definição de prioridades perpassa, necessariamente, por uma certa hierarquização de prioridades, o que, para além do debate dos legitimados a tomarem decisões coletivas, remete-nos à análise do custo de oportunidade de cada decisão.

Cabe, nesse aspecto, retomar um entendimento expresso no primeiro capítulo. Para que produzam resultados satisfatórios, políticas públicas embasadas em preceitos de mercado necessitam estar condizentes com a racionalidade econômica subjacente a esses preceitos. Apesar de bem intencionadas, proposições contrárias à lógica econômica costumam apresentar pouco ou nenhum significativo espaço de concreção. Para evitar a frustração dos objetivos perseguidos, a formulação de políticas públicas necessita estar assentadas em análises referenciadas de custos econômicos e sociais que melhor reflitam, em uma perspectiva geral, aquilo que se mostra mais benéfico para toda a sociedade, buscando maximizar benefícios comuns com o menor sacrifício possível. O mesmo deve ser dito quanto à perspectiva dos órgãos revisionais – especialmente o Poder Judiciário ou Tribunal de Contas – quando exercerem juízo de verificação de legitimidade dessas políticas públicas.

A definição de escolhas coletivas, tipicamente presentes em políticas públicas, não é tarefa simples. A Economia tem desenvolvido, contudo, interessantes ferramentas para auxiliar-nos no processo de tomada de decisão. Uma delas é a curva de possibilidade de produção. Por meio dela, melhor se percebe como devem ser alocados os recursos disponíveis. Em um momento acentuado de escassez de energia elétrica, como aquele vivenciado no racionamento de 2001, o comportamento da curva pode sinalizar importantes

²²² *Ibidem.*

referenciais para aqueles que tenham que decidir como equacionar interesses em relação ao acesso a esse bem.

Para tracejá-la, a partir de dois eixos, ter-se-ia representado, em cada um, as necessidades definidas pelo tomador de decisão. Se tomado o exemplo clássico trazido por Wonnacotts²²³, teríamos um eixo com a indicação da necessidade de se satisfazer a prioridade de alimentos, que poderia ser atendida pela produção de trigo, e noutra a necessidade de vestuário, satisfeita por meio da produção de algodão. A curva indicará, portanto, quais serão as possibilidades de produção de cada necessidade eleita – possibilidade porque refletirá quanto será utilizado da capacidade de produção disponível para se assegurar a satisfação de um *quantum* de determinada necessidade.

A curva procura retratar a previsão de plena utilização dos recursos disponíveis de forma a indicar uma fronteira. Em outros termos, ela “revela o que a economia é capaz de produzir. Reflete a produção máxima possível de dois bens. Na prática, a produção realizada pode ficar aquém da potencial”²²⁴, quando considerada, por exemplo, uma situação de desemprego, mas não é possível que haja uma situação fora da curva com as quantidades disponíveis dos fatores de produção.

A curva também tem o mérito de indicar o custo de oportunidade de cada decisão. Isso porque seu tracejo sinaliza o quanto será sacrificado de determinados recursos para atendimento de uma dada prioridade em relação à outra. Nessa função, a curva apresentará uma particularidade constante: sua concavidade será voltada para a origem, sinalizando que produções adicionais de determinada prioridade implicarão em custos mais caros para a sociedade. Não é preciso nos valermos de fórmulas complicadas ou gráficos complexos para retratar essa situação. No exemplo entre as necessidades envolvidas com a produção de trigo e algodão, ao ser extremada a prioridade de produção de comida, as terras aráveis mais propícias à produção de algodão seriam todas canalizadas para a produção de comida, extraíndo-se menos alimentos e sacrificando, portanto, mais unidades de algodão que poderiam ser obtidas com o seu plantio. Essa conclusão poderia ser objetada com a alegação de que as terras cultiváveis de algodão poderiam ser utilizadas para plantio de gênero alimentício mais aderente àquele tipo de solo, o que, certamente, faria aumentar a produção. Isso é verdade, mas não seria capaz, contudo, de elidir a conclusão de que,

²²³ WONNACOTT, Paul. WONNACOTT, Ronald. *Economia*. Tradução: Yeda Crusius e Carlos Crusius. São Paulo: McGraw-Hill, 1982, p. 25.

²²⁴ *Ibidem*.

independentemente da cultura eleita para produção de alimentos, sem o plantio de algodão, não haveria como ser satisfeita a necessidade de vestuário, o que invariavelmente nos remeterá para a questão central de como equacionar escolhas.

Como equacionar escolhas é uma das searas mais propícias para que Economia e Direito estabeleçam convergências. Qualquer parâmetro econômico de eficiência alocativa – Paretiano, Kaldor-Hicks ... – irá pressupor um cenário de distribuição de riquezas segundo as prioridades eleitas, as quais, em uma sociedade aberta e plural, serão sempre aquelas fruto do consenso democrático traduzido nas normas vigentes no país. Como Rachel Sztajn destaca²²⁵, a racionalidade econômica não é vilã do bem-estar coletivo.

Um dos grandes méritos da compreensão da curva de possibilidade de produção é permitir ao tomador de decisão afastar juízos apriorísticos e totalizantes. Numa ótica condizente com a racionalidade econômica, buscar-se-á, primeiramente, saber se é possível economicamente atender ao que foi pedido. E isso se deve a algo muito simples: é preciso reconhecer que todo direito possui um custo subjacente para satisfazê-lo. Uma sentença do Judiciário, uma lei aprovada pelo Parlamento ou um decreto expedido pelo Executivo possuem, nessa perspectiva, a mesma limitação de cumprimento em face de dada realidade econômica. Fica para outra oportunidade a discussão sobre legitimação da atuação dos órgãos estatais e os mecanismos existentes de *checks and balances* entre os poderes constituídos para consistir as decisões coletivas.

Como dito, a curva de possibilidade de produção auxilia a visualizar qual é o custo social de se satisfazer dada prioridade. Não raro, pode ser que, em face das prioridades eleitas, não seja possível satisfazer novos acréscimos de pretensões. É preciso, portanto, inserir no conceito de justiça a noção de se existem condições econômicas possíveis para agasalho das pretensões requeridas. Esse tipo de perspectiva contribui para que o debate da implementação de políticas públicas seja feito de forma mais efetiva. Não há, contudo, espaço para essa discussão em perspectivas tipicamente formais, tal como a apresentada pelo ministro Néri da Silveira na relatoria da ADC nº 09-06.

²²⁵ “A racionalidade dos agentes, um dos postulados econômicos, que leva à procura da maximização de utilidades, e a eficiência alocativa, segundo essa visão, vão ao encontro da ideia de solidariedade e geração de bem-estar coletivo.” SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. In ZYLBERSZTJAN, Decio e SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia - Análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 76.

Capítulo 5. O leilão da usina hidrelétrica Jirau no rio Madeira

Em 19 de maio de 2008, ocorreu o leilão da usina hidrelétrica Jirau (UHE Jirau), concebida para ser construída no rio Madeira, em Rondônia (RO). Nesse certame, o consórcio vencedor formulou proposta embasada na alteração de localização da usina em torno de 9 km do local inicialmente concebido. Até então, nada similar havia ocorrido no setor elétrico e instaurou-se densa discussão se essa prática se mostraria condizente com a legislação de regência do setor e as normas do edital.

Como o raciocínio jurídico é, nos dizeres de Dworkin²²⁶, um “exercício de interpretação construtiva”, pretende-se analisar como a ANEEL formou sua convicção favorável à mudança, assentada numa perspectiva teleológica que buscou privilegiar os objetivos finalísticos da modicidade tarifárias e da defesa da competição. Essa decisão serviu como importante precedente para os demais leilões e se insere num dos esforços institucionais a favor de práticas competitivas condizentes com os preceitos que informam a prestação da atividade de geração segundo as regras de mercado.

5.1. O leilão da UHE Jirau

O leilão da UHE Jirau ocorreu nas dependências da ANEEL, em ambiente fechado, em 19 de maio de 2008, sob vigência das regras dispostas no Edital nº 05/2008. O certame contou com a participação de dois consórcios que reuniam boa parte das principais construtoras e empresas atuantes no setor elétrico. Tratavam-se de: (i) Consórcio Jirau Energia, composto pelas seguintes empresas e respectivo grau de participação: (i.a) Odebrecht Investimentos em Infra-estrutura Ltda. (17,6%); (i.b) Construtora Norberto Odebrecht S.A. (1%); (i.c) Andrade Gutierrez Participações S.A. (12,4%); (i.d) CEMIG Geração e Transmissão S.A. (10%); (i.e) Furnas Centrais Elétricas S.A. (39%); e (i.f) Fundo de Investimentos em Participações Amazônia Energia II, de titularidade das instituições financeiras BANIF e Santander (20%); e (ii) Consórcio Energia Sustentável do Brasil, composto, por sua vez, pelas seguintes empresas e respectivo grau de participação: (ii.a) Suez *Energy South America* Participações Ltda. (50,1%); (ii.b) Camargo Corrêa Investimentos em

²²⁶ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, XI.

Infra-Estrutura S.A. (9,9%); (ii.c) Eletrosul – Centrais Elétricas S.A. (20%); e (ii.d) Companhia Hidrelétrica do São Francisco (CHESF, 20%).²²⁷

O certame ocorreu tendo por pressuposto o reconhecimento da UHE Jirau como aproveitamento hidrelétrico de caráter estratégico e de interesse público, declarado pelo Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), por intermédio da Resolução nº 01, de 11 de fevereiro de 2008. Esse mesmo regramento também previu que o edital deveria contemplar a necessidade de constituição de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), para recebimento da outorga, que, dentre outras prescrições, deveria atender aos padrões de governança corporativa exigidos pelo segmento de Novo Mercado da Bolsa de Mercadorias e Valores de São Paulo (BMF/BOVESPA).

As diretrizes do CNPE confirmaram boa parte das proposições contidas na Portaria MME nº 36, de 12 de fevereiro de 2008, que, fruto da experiência vivenciada no leilão da UHE Santo Antônio, foram replicadas para a regência da licitação da UHE Jirau. Ao que importa para a discussão presente, a Portaria MME nº 36/08 trouxe prescrição que sinalizava, de antemão, a possibilidade de redução da garantia física atribuída à UHE Jirau caso ocorresse atraso na entrada em operação comercial da usina, bem como na possibilidade de contratação de energia alocada ao ACR de forma compatível com o cronograma de construção da obra. Essas previsões estavam contidas no artigo 2º desse regramento, que previam a contratação da energia de forma escalonada, de acordo com o cronograma de implantação da usina, bem como na aplicação de sanção – prevista no parágrafo único – que serviria de desestímulo ao atraso do empreendimento. Segue a transcrição dessas disposições:

Art. 2º Caberá à ANEEL elaborar o Edital e o respectivo Contrato de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado - CCEAR, bem como adotar as medidas necessárias para a promoção do Leilão de que trata o art. 1º, nos quais deverão estar previstos:

[...]

III - aplicação de penalidades no caso da não entrada em operação comercial de todas as Unidades Geradoras nas datas previstas no cronograma do empreendimento constante do Edital, podendo tais penalidades atingir a redução proporcional da garantia física do empreendimento e até mesmo a caducidade da concessão;

²²⁷ Os documentos referentes ao leilão da UHE Jirau encontram-se disponíveis no processo administrativo nº 48500.000175/2008-78 – ANEEL, e todos os dados referentes a esse certame pressupõem a remissão a essa fonte, exceto se houver sinalização diversa.

IV - as obrigações de entrega de energia elétrica, disciplinadas no CCEAR, deverão ser compatíveis com o cronograma de entrada em operação comercial das Unidades Geradoras do empreendimento;

Parágrafo único. A aplicação de penalidades prevista no inciso III do *caput* consiste, além daquelas regulamentadas pela ANEEL, na redução de garantia física equivalente da 1ª Unidade Geradora, para cada uma das Unidades Geradoras que não entrar em operação comercial após a entrada da última Unidade Geradora que agregue garantia física à UHE Jirau.

Em respeito às diretrizes do CNPE e do MME, a ANEEL dispôs no Edital nº 05/2008 que:

1.4 Este LEILÃO dará origem a uma outorga de Concessão de Uso de Bem Público para exploração da usina em regime de PRODUÇÃO INDEPENDENTE DE ENERGIA ELÉTRICA - PIE, a ser emitida mediante Decreto.²²⁸

As exigências sobre o nível de governança corporativa da SPE ficaram dispostas nos item 6.3.4.5 e respectivos subitens do Edital. Para balizamento da tomada de decisão dos consórcios participantes do certame, a garantia física da usina foi definida em 1.975,3 MW médios, com um detalhe específico que diz respeito ao cálculo individualizado por unidade geradora. Pela redação conferida ao item 6.1 do Anexo II do edital - Características técnicas da UHE Jirau, a garantia física total só ficaria integralizada a partir da entrada em operação comercial da 27ª unidade geradora, de um total de 44 unidades previstas para o empreendimento. Em qualquer situação, o edital e a minuta do contrato de concessão deixavam claro que, aderente ao conceito disposto no §2º, do artigo 2º, do Decreto nº

²²⁸ Além disso, previu que: “1.4.1 A outorga será consolidada mediante assinatura do Contrato de Concessão de Uso de Bem Público para geração de energia elétrica, a ser celebrado entre o PODER CONCEDENTE e a Concessionária, com prazo de 35 (trinta e cinco) anos, contado a partir da data de sua assinatura, conforme minuta integrante do Anexo IV deste Edital.

12.3.2.2 A entrada em operação comercial das unidades geradoras da **UHE Jirau**, após os prazos previstos, sujeitará a **VENCEDORA** às penalidades previstas na Resolução Normativa nº. 63, de 2004, sem prejuízo do disposto nos arts. 5º a 8º do Decreto nº. 5.163, de 2004, e nos respectivos CCEAR, podendo, nos termos da Portaria MME nº. 36, de 2008, tais penalidades atingir a redução proporcional da GARANTIA FÍSICA do empreendimento e até mesmo a caducidade da concessão.

12.3.2.2.1 A redução proporcional da GARANTIA FÍSICA do empreendimento será equivalente à da 1ª Unidade Geradora, para cada uma das Unidades Geradoras que não entrar em operação comercial após a entrada da última Unidade Geradora que agregue garantia física à UHE Jirau.

12.3.2.3 O descumprimento do cronograma físico apresentado à ANEEL implicará, além das penalidades previstas na regulamentação específica, a execução da Garantia de Fiel Cumprimento recolhida pela **VENCEDORA**, conforme processo administrativo instaurado especialmente para este fim, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

12.7 Este LEILÃO dará origem a uma outorga de Concessão para a empresa isoladamente ou SPE estabelecer-se como PIE, sendo o comércio e a produção da energia elétrica por sua conta e risco.

5.163/04, a comercialização de energia ficaria sempre limitada ao valor da Garantia Física inicialmente definida, que, inclusive, não se mostrava como garantia firme de geração, pois dependeria da verificação fática dos critérios que permitiram o seu cálculo [vide item 7.4 – Anexo II].

Já o preço teto definido para o Leilão da UHE Jirau foi de R\$ 91,00MW/h²²⁹, com previsão de que deveria haver, no mínimo, 70% de alocação da energia definida na garantia física para atendimento das necessidades das distribuidoras. Os 30% remanescentes poderiam ser livremente negociados no ACL ou autoconsumidos pelo PIE. Com o custo da obra estimado em torno de R\$ 9 bilhões de reais (Anexo II do edital), acrescido da obrigatoriedade de pagamento anual pelo uso do bem público de R\$ 7.873.150,74 (sete milhões, oitocentos e setenta e três mil, cento e cinquenta reais e setenta e quatro centavos)²³⁰, o porte do empreendimento acabou por reduzir a competição, razão pela qual se verificou apenas a participação de dois consórcios no certame. Para se ter melhor dimensão da obra, somente para viabilizar a participação no certame, foi exigido o recolhimento de Garantia de Proposta no importe de R\$ 86.991.241,20 (oitenta e seis milhões, novecentos e noventa e um mil, duzentos e quarenta e um reais e vinte centavos), equivalente a 1% do valor do investimento da obra. A Garantia de Fiel Cumprimento, exigível apenas do vencedor, foi definida em R\$ 650 milhões de reais.

Com essas condições dispostas, o edital definiu que o vencedor do certame seria aquele que oferecesse o menor lance pela comercialização da energia.²³¹ A sistemática do edital dispunha que, a partir do preço teto definido, os consórcios participantes deveriam oferecer, livremente, seus lances de comercialização, iguais ou inferiores ao preço teto, via sistema de computação desenvolvido especialmente para esse certame. Seria declarado vencedor aquele que oferecesse o menor lance, compreendido como “obrigação de venda irrevogável e irretratável por parte do proponente”²³².

²²⁹ “9.4 O valor, expresso em Reais por Megawatt-hora (R\$/MWh), correspondente ao preço máximo inicial para submissão de LANCE é de R\$ 91,00/MWh.” Edital ANEEL nº 05/2008.

²³⁰ “12.9.1 A Concessionária recolherá à União, como pagamento pelo Uso de Bem Público - UBP, o valor anual de R\$ 7.873.150,74 (sete milhões e oitocentos e setenta e três mil e cento e cinquenta reais e setenta e quatro centavos) estabelecido para a **UHE Jirau**, calculado segundo metodologia constante do Anexo V - INSTRUMENTOS E PARÂMETROS DO LEILÃO DA UHE JIRAU, deste Edital.” Edital ANEEL nº 05/2008.”

²³¹ “9.3 A ordem de classificação do LEILÃO, obedecido o rito e as regras estabelecidas na Sistemática, será determinada de forma crescente a partir do MENOR LANCE, expresso em Reais por Megawatt-hora (R\$/MWh), pela venda da ENERGIA proveniente do empreendimento licitado.” Edital ANEEL nº 05/2008.

Com os proponentes confinados na ANEEL, com forte aparato de segurança, prévia varredura e inspeção das salas do leilão por agentes da Polícia Federal, tudo acompanhado por empresa de auditoria externa especialmente contratada para esse fim, o leilão da UHE Jirau teve por vencedor o Consórcio Energia Sustentável do Brasil, ofertante do lance de R\$ 71,40/MWh para comercialização da energia alocada ao ACR. Apresentou, dessa forma, lance menor que aquele proposto pelo Consórcio Jirau Energia, de R\$ 85,00/MWh, encerrando a competição em menos de 10 minutos.

Finalizada a sessão de oferecimento de lances e conduzidos os vencedores para entrevista coletiva com os servidores, autoridades, imprensa e todos os demais presentes que acompanhavam o leilão, os membros do consórcio vencedor iniciaram sua fala explicando como foi possível chegar ao valor de comercialização proposto, representativo de um deságio de cerca de 21,53% em relação ao preço teto definido. Segundo eles, e para surpresa de quase todos os presentes naquela sessão, o Consórcio Energia Sustentável do Brasil iria construir a UHE Jirau em local distinto daquele inicialmente concebido no estudo de viabilidade da usina aprovado pela ANEEL. Em apresentação no Auditório da ANEEL, por meio de vídeo institucional, o consórcio vencedor da licitação afirmou que iria deslocar a construção da usina em cerca de 9 km a jusante da previsão inicialmente definida, o que, segundo seus cálculos, traria significativas reduções de custo da obra, permitindo auferir margem atrativa na comercialização da energia ao valor do preço ofertado. O então diretor-geral da ANEEL sinalizou a perplexidade dos presentes com o ocorrido.²³³

²³² “9.5 Os LANCES constituem obrigação de venda irrevogável e irretratável por parte de todas as **PROPONENTES** participantes do LEILÃO.” Edital ANEEL nº 05/2008.

²³³ “Logo depois de divulgado o resultado, ocorreu uma entrevista coletiva à imprensa. Sentados à mesa o ministro Edison Lobão, eu, o diretor-relator do processo de leilão, Edvaldo Santana, o presidente da Comissão Especial de Licitação, Hêlvio Guerra, e representantes das empresas componentes do consórcio vencedor. Já íamos começar as declarações para os inquietos jornalistas, quando fui consultado pelos vencedores se poderiam apresentar um vídeo curto. Conversei com o ministro, que também não se opôs. Luzes apagadas, o vídeo foi projetado no telão. Belas imagens, com computação gráfica mostrando a montagem da usina e a principal informação que foi, num primeiro momento, captada por poucos. Era a voz do locutor que dizia “nove quilômetros a jusante.” Coube a Maurício Bähr, presidente do grupo Suez, anunciar, em nome do consórcio vencedor, a intenção de submeter à ANEEL e ao IBAMA uma proposta de modificação da localização do eixo da barragem, deslocando-a para jusante. Foi a primeira vez que ouvi a proposta que nos meses subsequentes estaria no foco de uma brutal disputa entre os competidores, com lançamento de petardos em todas as direções, causando aleatórios ferimentos nos que, por dever de ofício, se encontravam no “campo de batalha”. Na hora, tanto o ministro Lobão quanto eu fomos cautelosos. Apenas dissemos que o assunto seria estudado.” KELMAN, Jerson. *Desafios do Regulador*. Rio de Janeiro: Synergia: CEE/FGV, 2009, p.238-239.

A partir daí, o que se sucedeu foi uma densa discussão jurídica se era possível, nos termos da legislação de regência do setor elétrico e das normas dispostas no edital, anuir com tal propósito.

5.2. Os embates na Imprensa, Justiça e junto ao Congresso Nacional, por intermédio do Tribunal de Contas da União

O embate entre os consórcios disputantes da usina primeiramente se deu por meio da imprensa. Em ostensiva matéria, a Folha de São Paulo destacava que a “Camargo Corrêa vai retaliar se Odebrecht for à Justiça contra o leilão de Jirau.”²³⁴ Logo em seguida, noticiou nova matéria.²³⁵

O Estado de São Paulo sinalizava a preocupação da ANEEL na condução do tema, fazendo menção ao posicionamento do então diretor-geral da agência de que a mudança só seria analisada após parecer final da Comissão de Licitação da ANEEL.²³⁶ O Zero Hora, em seu encarte sobre economia, noticiava os riscos envolvidos para todos com a judicialização da matéria.²³⁷

²³⁴ “O consórcio Enersus diz que a mudança foi de 9,2 quilômetros e que a decisão reduzirá os impactos ambientais e reduzirá o custo do projeto em R\$ 1 bilhão. Segundo Irineu Meirelles, diretor-presidente da Mesa [consórcio Madeira Energia S.A], o deslocamento da barragem de Jirau rio abaixo é ilegal porque invade área já sob concessão de outra empresa e amplia os impactos ambientais com a elevação do lago da usina sobre as margens.

Mello (Camargo Corrêa) diz que a Odebrecht também alterou o eixo da barragem e apresentou projeto diferente do original. “Eles fizeram isso e nem por isso questionamos. Mas, se eles partirem para a Justiça, vamos questionar as mudanças que a empresa fez no layout de Santo Antonio e o arranjo feito para o novo projeto.” BRITO, Agnaldo. Batalha judicial ameaça hidrelétricas do Madeira. Folha de S. Paulo, São Paulo, p. B7, 15 jul. 2008.

²³⁵ Diante do risco de que o questionamento do consórcio derrotado levar o projeto a uma disputa judicial, os ministros Dilma Rousseff (Casa Civil) e Edison Lobão (Minas e Energia) ameaçaram até anular as licitações das usinas de Jirau e de Santo Antônio e assumir as obras por meio da Eletrobrás. SALOMON, Martha. Consórcio vencedor de Jirau admite rever local da usina. Folha de S. Paulo, p. B4, 08 ago. 2008.

²³⁶ ANEEL ainda não avalia mudança em Jirau. O Estado de São Paulo, São Paulo, p. B2, 05 jul. 2008.

²³⁷ “Uma batalha judicial entre as empresas vencedoras dos leilões das usinas [sic] de Jirau, no Rio Madeira, seria uma dor-de-cabeça para o Brasil, não só para as autoridades do setor, garantiu ontem Jerson Kelman, diretor-geral da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel).” Disputa em torno de Jirau é indesejável, assegura ANEEL. Zero Hora, Economia, p. 1, 24 jul. 2008.

De modo similar, a Gazeta Mercantil retratava o intuito da Odebrecht de “travar uma batalha jurídica com a Suez por entender que a empresa belgo-francesa mudou a localização da usina, o que estaria ferindo o princípio de isonomia do leilão de Jirau. (...)”²³⁸

O clima de beligerância se acentuou e foi desaguar nas páginas policiais, pois se noticiou a possível prática de espionagem envolvendo os consórcios disputantes da usina. Essa nova contenda foi destacada pelo O Globo.²³⁹

Houve espaço, inclusive, para que o Valor Econômico apontasse um vilão para toda a história:

A Odebrecht, segundo apurou esta coluna [assinada por Cristiano Romero], também tem “zero de constrangimento” para disputar na Justiça um possível resultado negativo em Jirau – a Aneel e o Ibama devem anunciar sua decisão até o fim do mês. Uma decisão as autoridades já tomaram, para evitar complicações em outras licitações. “Nos próximos leilões, vamos prever no edital a possibilidade de mudança do local”, informa uma fonte oficial.

O modelo vigente no Brasil é liberal o suficiente para permitir que um empreendedor privado escolha um local, analise o seu potencial hidráulico e proponha a obra. O setor privado tem, de fato, mais agilidade para fazer isso. Depender do (em geral) ineficiente setor público é um risco para o país. O Estado tem, no entanto, que aprender com Jirau. Num caso (a morosidade do setor público) ou no outro (a disputa judicial), o interesse público é prejudicado. Deve-se achar um meio-termo, e melhor maneira de fazer isso é criar regras claras.²⁴⁰

²³⁸ “O representante da construtora, Irineu Meirelles, disse que vai aguardar o “momento adequado para se manifestar”. Segundo ele, esse momento pode ser na hora da avaliação do contrato de concessão ou antes, dependendo do cronograma da Suez.” SEVERO, Rivadavia. ANEEL nega recurso da Odebrecht e confirma vitória da Suez. Gazeta Mercantil, p. C8, 23 jul. 2008. A matéria foi publicada no dia seguinte ao julgamento do recurso interposto pela Odebrecht contra a habilitação do consórcio vencedor pela Diretoria da ANEEL. Nesse recurso, não foi discutida a mudança de localização da usina, mas a Agência já havia formado seu convencimento pela viabilidade da alteração, razão por que a Comissão de Licitação havia proposto a adjudicação do objeto do certame ao consórcio vencedor.

²³⁹ “Mais uma nova briga judicial já se desenhou – não sobre o projeto em si, mas sobre acusações de espionagem –, após os apelos do ministro de Minas e Energia, Edison Lobão, para que não haja uma guerra entre as empresas na Justiça.

O presidente do Energia Sustentável, Vitor Paranhos, garantiu que não pretende puxar briga com a Odebrecht. Mas não poupou os adversários de críticas por uma suposta espionagem industrial. Uma documentação apresentada pelo Jirau Energia ao Ibama na semana passada, com argumentos técnicos contra a proposta da Suez, teria documentos confidenciais do grupo franco-belga.

- Eu não tenho um dossiê, mas recebi quatro folhas dessa documentação com papéis a que só nós teríamos acesso. Não sei como foram parar lá, e agora vamos tomar mais cuidado – disse Paranhos.

A resposta da Odebrecht veio à noite, na forma de uma interpelação judicial contra Paranhos na Justiça de São Paulo. A empreiteira quer que o empresário confirme que a Odebrecht teria feito espionagem industrial e que a Suez e seus executivos teriam sido alvo de escutas telefônicas, conforme Paranhos declarou ao jornal ‘Valor Econômico’.” PAUL, Gustavo. Nova disputa paira sobre Jirau. O Globo, Economia, p. 21, 13 ago. 2008.

²⁴⁰ ROMERO, Cristiano. As lições de Jirau. Valor econômico, p. A2, 10 set. 2008.

Pelo teor da crítica jornalista, pode-se verificar a pretensão de atribuir aos membros da Comissão Especial de Licitação da ANEEL a responsabilidade de (i) anteverem a possibilidade de um proponente vir a alterar o local da usina enquanto estratégia de competição e, a partir dessa projeção iluminada, (ii) formatarem cláusula suficientemente clara para albergar o acolhimento dessa estratégia.

A superficial conclusão desse tipo de enfoque é totalmente desarrazoada. A capacidade de se formatar um regramento claro o suficiente, capaz de açambarcar todas as possíveis condutas em um ambiente próprio de mercado, é extremamente desafiador, quiçá impossível. Além disso, a conclusão jornalística olvida algo trivial: as normas são criadas após a ocorrência de fatos que as justificam, pois é pela análise dos efeitos decorrentes dos fatos que se cria a íntima convicção de se buscar reger determinada situação. Não é preciso discorrer muito sobre isso. Basta lembrar que, após a traumática experiência advinda com o Plano Collor para combate à inflação, o artigo 62 da Constituição Federal foi alterado para, dentre outras medidas, impedir que uma medida provisória pudesse deter ou sequestrar ativos financeiros da população.²⁴¹

O fato é que, quando se cogita de uma norma para reger determinada situação, para o Direito, aquela situação – descrita abstratamente pela norma – passa a ter relevância. Até o caso do leilão da UHE Jirau, não havia sentido criar uma regra clara o suficiente que espantasse qualquer entendimento contrário à ideia de que os proponentes poderiam alterar a localização da usina enquanto estratégia vencedora de um certame. Esse fato nunca havia ocorrido, logo não fazia parte da preocupação dos envolvidos no certame. Após a experiência vivenciada com o caso da UHE Jirau, a ANEEL aprimorou seus editais. Assim, quando da elaboração do edital da UHE Belo Monte, a cláusula que definiu o objeto do contrato foi alterada para deixar claro que as coordenadas de localização da usina são apenas referenciais e não determinativas.²⁴² Além disso, a Subcláusula Primeira da Cláusula Quinta foi

²⁴¹ A alteração foi promovida pela Emenda Constitucional nº 32/2001 que passou a prever que: “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

II - que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro”

²⁴² “CLÁUSULA PRIMEIRA - OBJETO DO CONTRATO

Regular a exploração, pela Concessionária, do potencial de energia hidráulica localizado no rio Xingu, Município de Vitória do Xingú, Estado de Pará, nas **coordenadas referenciais** de..... latitude Sul elongitude Oeste, denominado Usina Hidrelétrica Belo Monte, (...)” Também se inseriu no Anexo de características técnicas da usina (anexo vi), no item 1.1, a menção de que as coordenadas de localização do empreendimento são referenciais. [grifos acrescentados]

aprimorada para expressar o conceito de que os níveis de operação do reservatório, capacidade instalada e número de máquinas conformam a exploração do potencial hidráulico (bem que será outorgado), afastando-se, assim, qualquer percepção que pudesse vir a caracterizar a construção de uma obra predefinida como objeto do certame.²⁴³ Do mesmo modo, alterou-se o *caput* da Cláusula Quinta (disciplinadora das características técnicas das usinas), para ressaltar a perspectiva maleável na construção da usina, que pode ser melhor compreendida a partir da alteração da adjetivação e do sentido que se buscou imprimir na redação que dispõe sobre a construção da UHE. Expressamente, passou a constar que são referenciais as características técnicas contempladas nos Estudos de Viabilidade. A redação anterior expressava um sentido mais rígido, pois aduzia que “a construção da UHE seria efetuada conforme as características técnicas definidas naqueles estudos”.

Essa percepção mais flexível, que poderá, inclusive, contemplar a alternativa de mudança apriorística de localização da usina, encontra-se atualmente acompanhada pelo reforço da obrigatoriedade, durante a implementação da obra, de observância dos aspectos de segurança e melhores práticas de engenharia. Enquanto cláusulas gerais, espera-se que sejam suficientes, conjuntamente com as demais normas do edital, leis e contratos, para assegurar a liberdade empresarial do PIE, preservar a segurança e prezar pela incorporação das melhores práticas tecnológicas existentes no campo da engenharia para a construção de usinas.²⁴⁴

²⁴³ Na redação do contrato de concessão da UHE Jirau há menção de caracterização de obra, o que, dissociada dos demais regramentos, poderia vir a confundir o que se pretende leiloar enquanto objeto. Consta da redação:

“Subcláusula Primeira - A Concessionária deverá apresentar, em volumes separados, o projeto básico da UHE, conforme item 3.3 do Anexo II do Edital de Leilão nº. 05/2008, e o projeto básico das Instalações de Transmissão de Interesse Restrito à Usina Hidrelétrica, conforme item 4.3 do Anexo II do Edital de Leilão nº. 05/2008, para análise da ANEEL, devendo ser respeitados os elementos a seguir relacionados, os quais caracterizam plenamente a obra a ser desenvolvida e sua alteração dependerá de prévia anuência da ANEEL. [conforme Anexo II do Edital do Leilão nº. 05/2008-ANEEL]” [sublinhado acrescido]. Já a redação constante para a UHE Belo Monte foi:

“Subcláusula Primeira - A Concessionária deverá apresentar, em volumes separados, o projeto básico da UHE e o projeto básico das Instalações de Transmissão de Interesse Restrito à Usina Hidrelétrica, conforme Anexo IV do Edital de Leilão nº. 06/2009, para análise da ANEEL, devendo ser respeitados os elementos a seguir relacionados, os quais conformam o potencial hidráulico e dependem de prévia anuência da ANEEL para validação de qualquer alteração.” (Edital ANEEL nº 06/2009)

²⁴⁴ Para melhor percepção dessas mudanças, seguem brevemente transcritas as redações das disposições constantes no contrato de concessão da UHE Jirau e aquelas alteradas para a UHE Belo Monte:

“A construção da UHE será efetuada de acordo com as características técnicas definidas nos Estudos de Viabilidade aprovados por meio do Despacho ANEEL nº. 909, de 30 de março de 2007, publicado no Diário Oficial de 2 de abril de 2007, e a execução das obras deverá ocorrer conforme as normas técnicas da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT e outras aplicáveis. [Edital ANEEL nº 05/08 – UHE Jirau]

A construção da UHE será efetuada tendo por referência as características técnicas contempladas nos Estudos de Viabilidade aprovados por meio do Despacho ANEEL nº., de de de, publicado no Diário Oficial de 2 de abril de 2007, e a execução das obras deverá ocorrer conforme as normas técnicas da

Em paralelo às discussões perante a imprensa, o tema transbordou para a Justiça, visto que o Ministério Público Federal e Estadual, em litisconsórcio ativo, entenderam que o fato do lance oferecido pelo vencedor da licitação ter por pressuposto o deslocamento da usina teria desrespeitado o licenciamento ambiental conferido ao empreendimento, devendo ser, portanto, anulada a licitação.²⁴⁵ Na Justiça, o tema também rendeu o ajuizamento de ação de improbidade contra o então diretor-geral da ANEEL, Jerson Kelman, pelo Ministério Público Federal, em razão de o membro do *parquet* ter entendido que houve ato de improbidade pelo diretor-geral da ANEEL ao encaminhar ofício ao IBAMA em que se teria sugerido “que o IBAMA passasse por cima das normas técnicas e ambientais existentes” para emissão de licença de instalação de estruturas não permanentes da obra em favor do consórcio vencedor.

246

A principal discussão, contudo, se deu por conta da fiscalização que o Congresso Nacional exerce sobre o Poder Executivo, especialmente por intermédio do Tribunal de Contas da União (TCU). Desde os primeiros leilões de desestatização, previstos na Lei nº 8.031/90, o TCU vem acompanhando as ações adotadas pelos órgãos do executivo federal que importam na transferência de serviços públicos à iniciativa privada. Para tanto, criou a Secretaria de Fiscalização de Desestatização (SEFID), órgão técnico encarregado de promover a análise das diversas medidas adotadas em setores regulados – transporte, telefonia, energia, petróleo... –, levando em conta os enfoques que pautam o controle externo do Tribunal: legalidade, legitimidade e economicidade (art. 70, CF/88). Nos primeiros leilões, a ação da SEFID se restringia ao acompanhamento pontual dos certames que importavam na privatização de empresas públicas. A partir de 1998, esse trabalho passou a ser feito de forma mais sistematizada, passando a envolver “a análise concomitante de processos de outorga de serviços públicos e da análise da execução dos contratos decorrentes, bem como por intermédio de auditorias e de avaliações de desempenho dos entes formuladores e reguladores setoriais”²⁴⁷.

Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT e outras aplicáveis, primando-se pelos aspectos de segurança e melhores práticas de engenharia.” (Edital ANEEL nº 06/09 – UHE Belo Monte)

²⁴⁵ Ação Civil Pública nº 2008.41.00.005474/RO, em trâmite na 5ª Vara Federal da Seção Judiciária de Rondônia.

²⁴⁶ Merece leitura a versão trazida pelo réu, em capítulo intitulado “Tentativas de intimidação de servidores públicos”, em que Kelman expõe sua análise sobre os fatos e se convence de que, por estar em um caso de embate ideológico, conclui que o membro do MP encontraria “uma brecha” para acusá-lo, independentemente do real conteúdo do Ofício” que ele havia subscrito. *Op. cit.*, p. 245-265.

²⁴⁷ GOMES, Marcelo Barros et al. 10 anos de controle externo da regulação de serviços públicos. In: Regulação de serviços públicos e controle externo. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008, p. 11.

O resultado dessa atuação reflete-se no reconhecimento da importância do papel exercido pelo TCU na aferição de *accountability* dos processos de desestatização e da análise das conseqüentes tomadas de decisões por parte dos órgãos do Poder Executivo. Nesse agir, a SEFID acabou por constituir corpo técnico competente, capaz de discutir e avaliar as decisões levadas a cabo pelos órgãos reguladores, contribuindo na qualidade da atuação do TCU e, por conseguinte, dos próprios leilões e da execução de seus contratos decorrentes.²⁴⁸

A proposta de mudança de localização da UHE Jirau foi levada à análise do TCU em razão de duas representações, uma apresentada pelo Partido dos Democratas (DEM), subscrita pelos deputados federais daquela legenda Rodrigo Maia e José Carlos Aleluia, e outra pelo deputado federal Carlos Willian, do PTC/MG²⁴⁹.

Segundo as representações, a mudança do eixo da barragem para local distinto daquele sinalizado nos estudos de inventário e de viabilidade, teria violado o (i) conceito de aproveitamento ótimo, e, (ii) caso fosse permitida, implicaria alteração substancial na formulação de propostas, o que, no cálculo trazido pelos representantes, sinalizaria uma proposta efetiva “de R\$108,00/MWh” caso fosse construída no local indicado nos estudos. Em razão disso, postularam que a aceitação do intuito de alteração do local de construção da usina importaria em tratamento ilegal, visto que: (i) não haveria razão para cogitar na alteração da definição de aproveitamento ótimo; (ii) violaria o princípio da vinculação ao edital; (iii) acarretaria violação ao princípio da publicidade, pois, entendida como violação ao próprio edital, deveria pressupor a abertura de prazo e iguais condições para divulgação das alterações; (iv) traria violação ao princípio da isonomia, pois “prejudicaria a comparabilidade objetiva das propostas dos distintos concorrentes”; e, por fim, (v) a prática traria uma assunção alta de risco geológico, que não deveria ser admitida pelo Poder Público, ainda mais quando envolvidas empresas públicas – Eletrosul (20%) e Chesf (20%).

Perpassando pelo crivo técnico da SEFID, a questão e as razões de pedir foram enfrentadas por aquela Secretaria e acatadas pelo relator, ministro Benjamim Zymler, passando a serem explicitadas em seguir, em cotejamento com a legislação de regência do

²⁴⁸ A partir do trabalho desenvolvido pela SEFID, a página do TCU na internet noticia a criação do Centro de Estudos de Regulação e Controle [CERC], com o objetivo de promover a “coleta, sistematização e disseminação de informações sobre a regulação da infra-estrutura e o seu controle, incluindo as áreas de competição de mercado, concessão, permissão e autorização, parceria público privada, privatização, regulação econômica, regulação técnica, relação com o usuário e universalização dos serviços de infra-estrutura.” Disponível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/regulacao>. Acesso em 23 de outubro de 2010.

²⁴⁹ Processo nº 016.594/2008-0 - Acórdão nº 1476 - Pleno - Tribunal de Contas da União.

tema, o posicionamento da ANEEL e as regras previstas no edital. Pelo teor das razões decisórias, verificar-se-á a adoção da perspectiva teleológica para embasar o posicionamento final da Agência.

5.2.1. O aproveitamento ótimo

O tema de violação ao conceito de aproveitamento ótimo foi abordado pelas representações sob a argumentação de que, com fundamento no §2º do art. 5º da Lei nº 9.074/95, nenhum aproveitamento hidrelétrico poderá ser licitado sem a definição do “aproveitamento ótimo” pelo Poder Concedente, sendo que, no entendimento dos signatários, esse seria o próprio objeto da concessão de uso de bem público a ser outorgado. Portanto, não seria legítimo que fosse proposta nova repartição de quedas, diversa daquela já existente, na medida em que a definição do “aproveitamento ótimo” é prévia à licitação, o que afrontaria os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da publicidade. Sobre esse aspecto, concluem:

Logo, não há dúvidas de que a definição de aproveitamento ótimo é prévia à licitação e vincula o empreendedor que, nos termos do dispositivo acima transcrito, encontra-se sujeito a adequar os seus Projeto Básico e Executivo à definição de aproveitamento ótimo constante no Edital - e não o contrário: a inviável hipótese que produziria o absurdo de condicionar o aproveitamento ótimo previamente definido pelo Poder Concedente e seus agentes às conveniências dos Projetos Básico e Executivo elaborados segundo um inexistente livre arbítrio de determinados empreendedores privados.²⁵⁰

O conceito de aproveitamento ótimo encontra-se na Lei nº 9.074/95. Enquanto elemento balizador das licitações de geração no país, os incisos contidos em seu artigo 5º arrolam os casos que seriam objeto de outorga por meio de concessão, mediante licitação, tendo em seus parágrafos regras importantes sobre o instituto. Duas delas se encontram nos parágrafos segundo e terceiro. O §2º prevê a obrigatoriedade de definição prévia do aproveitamento ótimo para poder haver licitação de qualquer aproveitamento hidrelétrico. E o §3º define o que se entende por aproveitamento ótimo. Estão transcritas a seguir:

²⁵⁰ *Ibidem*.

§ 2º Nenhum aproveitamento hidrelétrico poderá ser licitado sem a definição do “aproveitamento ótimo” pelo poder concedente, podendo ser atribuída ao licitante vencedor a responsabilidade pelo desenvolvimento dos projetos básico e executivo.

§ 3º Considera-se “aproveitamento ótimo”, todo potencial definido em sua concepção global pelo melhor eixo do barramento, arranjo físico geral, níveis d’água operativos, reservatório e potência, integrante da alternativa escolhida para divisão de quedas de uma bacia hidrográfica.

Da análise conjugada de ambas as disposições, verifica-se que não é o aproveitamento ótimo que é objeto da licitação. O que é outorgado na licitação é um potencial hidráulico, bem da União, referido pela lei como “aproveitamento hidrelétrico”. Mas não é um potencial hidráulico qualquer, e sim aquele que leva em conta o aproveitamento ótimo definido para uma bacia hidrográfica e refletido, portanto, na garantia física que foi atribuída a cada potencial hidráulico individualizado. Isso fica claro na leitura da regra contida no §3º, quando se exige que, na consideração do conceito de aproveitamento ótimo, leve-se em conta o potencial definido em sua concepção global, integrante, portanto, da alternativa escolhida para divisão de quedas de uma determinada bacia hidrográfica.

O melhor eixo do barramento, concepções de arranjo físico geral, níveis d’água operativos, definição de cotas de reservatório e até mesmo a quantidade de potência, servem, portanto, para balizar a tomada de decisão que definirá a divisão de quedas de uma bacia hidrográfica. Não podem ser, portanto, confundidos com o próprio objeto que está sendo licitado. São verdadeiros parâmetros que permitirão à ANEEL, ou a quem lhe faça as vezes, aprovar o estudo de inventário de um trecho do rio, onde ficará assentada a divisão de quedas daquela bacia, refletindo, portanto, o aproveitamento ótimo individualizado por potenciais hidráulicos.

Clever Campos chama a atenção para a necessidade de compreender o instituto a partir da percepção global que informa a otimização dos recursos hídricos. Aduz que:

Tendo em vista o interesse público atual, bem como o das futuras gerações, nenhum aproveitamento hidrelétrico poderá ser licitado sem a definição do “aproveitamento ótimo” pelo Poder Concedente. O “aproveitamento ótimo” a que a lei se refere, vem a ser a otimização dos recursos hídricos, do ponto de vista de arranjo físico geral, eixo do barramento, níveis d’água operativos, reservatório e potência, tendo em vista a bacia hidrográfica em que se localiza o potencial, como um todo.²⁵¹

²⁵¹ CAMPOS, Clever M. Introdução ao Direito de Energia Elétrica. São Paulo: Icone, 2001, p. 38.

A Superintendência de Gestão de Potências Hidráulicas (SGH) da ANEEL, ao analisar o projeto básico da UHE Jirau apresentado já com a mudança de localização proposta, posicionou-se em sentido favorável, reafirmando a concepção global que informa o conceito de aproveitamento ótimo. Destaca-se da Nota Técnica nº 188/2008-SGH/ANEEL:

28. b) Em outras palavras, do ponto de vista do setor elétrico, o “aproveitamento ótimo” dos recursos hídricos de uma bacia hidrográfica refere-se à identificação de um conjunto de empreendimentos que possam utilizar o máximo possível o potencial hidráulico disponível para fins de geração de energia elétrica, representado pela conjugação entre quedas (desníveis topográficos) e vazões ao longo de todo o curso do rio principal e de seus afluentes. Para tanto, os estudos identificam alternativas de “divisão de quedas” da bacia e selecionam a melhor delas.²⁵²

A SEFID também compartilhou desse entendimento. Em sua manifestação, acatada pelo Pleno do TCU, e conduzida pelo voto do relator do processo, concluiu que:

35. Ora, se a própria localização é uma característica técnica do empreendimento, não se vislumbra que seu dado não possa ser revisto, pois o que está sendo leiloado conforme o Edital, ou seja, o objeto do Leilão, é a Compra de Energia Elétrica Proveniente da Usina Hidrelétrica de Jirau e não a obra em si. Nessa esteira, o ato que definiu os pontos de melhor repartição de quedas (aproveitamento ótimo) pode ser revisto a qualquer momento pelo poder concedente, a pedido ou não, exatamente por se tratar de um aspecto técnico que não é absoluto, podendo apresentar inúmeras alternativas que se mostrarão boas ou ruins quando confrontadas com critérios técnicos de custos, impactos ambientais, energéticos, etc.

36. Tal colocação é corroborada na medida em que a execução dos projetos básico e executivo, bem como a própria construção da obra, correm por conta e risco do concessionário. O poder concedente, por conseguinte, não responde por quaisquer falhas que possam estar presentes nos estudos de viabilidade e de inventário que serviram de base para o leilão.

Antes da Lei nº 9.074/95, as outorgas de geração eram concedidas para trechos inteiros de rios ou para a construção de usinas específicas. Não havia ainda a figura jurídica do PIE nem a instrumentalização de exploração de potenciais hidráulicos por concessões de uso. O conceito de aproveitamento ótimo representou um avanço do marco legal, pois trouxe a

²⁵² Nota Técnica nº 188, de 02 de Setembro de 2008, da SGH/ANEEL, processo ANEEL nº 48500.005684/2008-97.

preocupação de se buscar extrair o maior proveito possível de bens escassos, sinalizando a necessidade de se obter a alternativa de repartição de quedas que maximize as variáveis envolvidas, como a perspectiva ambiental, do uso múltiplo das águas, de proteção aos interesses dos povos indígenas, patrimônio cultural, etc., que certamente influenciam o dimensionamento de reservatórios, nível de vazão, arranjos operativos, definição de cotas de operação e outros elementos que acabam por determinar a definição do aproveitamento ótimo de uma bacia hidrográfica.

É certo que §1º do artigo 176 da Constituição Federal reclama que a atividade de geração exercida pelo PIE seja sempre informada pelo “interesse nacional”, o que nos coloca diante de um conceito amplo, de difícil objetivação, representativo de uma típica cláusula geral. Roberto Freitas Filho chama atenção para a dificuldade que esse tipo de norma encerra ao ser aplicada, sendo comuns os desvirtuamentos semânticos e lógicos desses comandos para albergar posicionamentos arbitrários, não devidamente motivados e sem nenhuma preocupação isonômica com outros casos que deveriam receber o mesmo desfecho outrora adotado. Ancorado no pensamento de Richard Hare, o autor adverte que:

Há princípios gerais que são formulados com palavras de valor as quais, se forem tratadas como auto-evidentes, podem gerar problemas lógicos. [...] Quando uma norma é formulada com uma palavra de valor não é possível tratá-la como um conceito analítico. [...]

A decisão moral (assim também a jurídica) deve, portanto, ser tomada com base na lógica e nos fatos. No Direito isto implica dizer que aspectos relevantes relativos a fatos considerados importantes para o julgamento não podem ser desconsiderados nem distorcidos.

A análise das propriedades das palavras de valor é um elemento essencial para prescrever algo no âmbito da linguagem. As palavras de valor não são somente aquelas nas quais a função avaliatória é mais evidente, como “bom”, “correto” e “dever”, mas também há outras. Segundo Hare, “quase toda palavra de nossa língua pode ser usada ocasionalmente como palavra de valor (isto é, aprovar ou o contrário).”

As palavras de valor sempre expressam um juízo sobre algo sobre o que se está a falar. Quando se diz que algo é bom, a palavra “bom” é utilizada para expressar aprovação em relação a uma série de características que entendemos merecedoras de uma avaliação positiva.²⁵³

²⁵³ A síntese do problema do autor consiste na análise argumentativa da aplicação do princípio da onerosidade excessiva nos julgados do Superior Tribunal de Justiça por conta da desvalorização cambial ocorrida em janeiro de 1999 nos contratos de arrendamento mercantil - *leasing*. FREITAS FILHO, Roberto. Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do *leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p.146-147.

A expressão “no interesse nacional” abriga vários juízos eminentemente valorativos. Delimitar o seu conjunto analítico, de forma apriorística e totalizante, não parece ser o caminho mais recomendado. Basta, nesse sentido, perceber o quanto se discute na seara de defesa comercial acerca da redação conferida ao artigo 219 da CF/88, que prescreve que o “mercado interno integra o patrimônio nacional”. Vários questionamentos podem ser concebidos a partir desse amplo enunciado. Se a forma apriorística fosse adotada, muitas das medidas que implicaram a liberalização do mercado nacional sequer seriam cogitadas. Também não se mostra adequado fazer uso de princípios ou cláusulas gerais como se fossem coringas de jogos de cartas.²⁵⁴ Na maioria das vezes em que isso ocorre, pouco ou nada se explica sobre o propósito argumentativo que se pretende conferir à norma. Um dos princípios que mais sofrem essa utilização indevida é o da “supremacia do interesse público sobre o privado”, escolhido como verdadeiro “super trunfo” de vários aplicadores da norma para encerrar debates complexos e, por consequência, fazer imperar o superficialismo em *hard cases* submetidos à análise do intérprete.

Com o rigor científico reforçado pelos comandos contidos §1º do artigo 176 da CF/88, pode-se concluir que, por conta das normas previstas no §§ 2º e 3º do artigo 5º da Lei nº 9.074/95, há necessidade de sempre se buscar o aproveitamento ótimo de uma bacia hidrográfica, posto que os PIEs exploram bens públicos, de titularidade da União (art. 20, VIII, CF/88), em seara caracterizada como pública, devendo harmonizar suas prioridades individuais com os interesses nacionalmente compartilhados, buscando-se extrair o máximo possível de proveito dos bens públicos escassos. Nesse aspecto, em uma perspectiva aproximadora do Direito à Economia, justo também seria compreendido como solução que se revela como a mais eficiente. No seu enfoque econômico reservado para a análise do Direito, Posner salienta a necessidade de compreender os preceitos legais levando em conta que, em um mundo de recursos escassos, o desperdício deve ser considerado como algo imoral.²⁵⁵

²⁵⁴ José Reinaldo de Lima Lopes aduz que “os princípios não ampliam a discricionariedade do julgador, mas a limitam.” Ancorado na análise do que efetivamente propõe Dworkin sobre o tema, o autor assevera que “a noção de princípio de Dworkin tem um caráter mais forte e não se revela apenas no texto sempre citado (*The model of rules I e II*). Sua intenção é tratar dos princípios também como um fundamento sólido para o raciocínio jurídico, algo que tire do juiz a discricionariedade da decisão.” LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito Civil e Direitos do Consumidor - Princípios. Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer *et al.* (orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.85.

²⁵⁵ “*Un segundo significado de justicia, talvez el más común, es el de la eficiencia. (...) Y con un poco de reflexión no nos sorprenderá que, en un mundo de recursos escasos, el desperdicio debe considerarse inmoral.*” POSNER, Richard. *Op. cit.*, p. 32.

Para se preservar o ótimo de geração, a aprovação do projeto básico da UHE Jirau, com o deslocamento do eixo proposto, não poderia implicar a perda da capacidade de geração de energia, representada, nesse aspecto, pela preservação da capacidade mínima instalada e do número de unidades geradoras concebidos no estudo de viabilidade que embasou o cálculo da garantia física da usina. Nesse sentido, assim dispôs a cláusula quinta do Contrato de Concessão nº 002/2008-MME-UHE Jirau:

A construção da UHE será efetuada de acordo com as características definidas nos Estudos de Viabilidade aprovados por meio do Despacho ANEEL nº 909, de 30 de março de 2007, publicado no Diário Oficial de 2 de abril de 2007, e a execução das obras deverá ocorrer conforme as normas técnicas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT e outras aplicáveis.

Subcláusula Primeira – A Concessionária deverá apresentar, em volumes separados, o projeto básico da UHE, conforme item 3.6 do Anexo II do Edital de Leilão nº 05/2008, e o projeto básico das Instalações de Transmissão de Interesse Restrito à Usina Hidrelétrica, conforme item 4.3 do Anexo II do Edital de Leilão nº 05/2008, para análise da ANEEL, devendo ser respeitados os elementos a seguir relacionados, os quais caracterizam plenamente a obra a ser desenvolvida e sua alteração dependerá de prévia anuência da ANEEL:

[...]

b) Capacidade instalada mínima: 3.300 MW;

[...]

d) Número de Unidades: 44.

A localização da construção da usina não foi compreendida, portanto, como um elemento inalterável. Mesmo aqueles elementos que caracterizam plenamente a obra, respeitados os parâmetros do certame, poderão ser objeto de alteração, desde que haja anuência pela ANEEL. E isso se deve, não obstante a atividade de geração se caracterize como serviço público, nos termos em que discutido no Capítulo 2, ao fato de sua concessão não ser regida pela construção de uma obra pública já previamente definida. Sua outorga não é embasada no artigo 2º, III da Lei nº 8.987/95²⁵⁶, mas nos termos em que dispõem os artigos 11 e 13 da Lei nº 9.074/95. É, portanto, consagradora de um regime mais condizente com os

²⁵⁶ “Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado” [art. 2º, III da Lei nº 8.987/95].

preceitos de mercado, com alargamento de liberdade de atuação, preços livremente estabelecidos e maior assunção de riscos. As características desse regime, exaustivamente discutidas no Capítulo 1, informam a atuação do PIE e limitam as atividades de controle por parte dos órgãos públicos, prestigiando o sentido conferido às prescrições contratuais de regência da exploração dos potenciais hidráulicos.

Superado esse aspecto, caberia discutir se ainda persistiria qualquer violação aos demais preceitos do edital e quais teriam sido os entendimentos externados pelo TCU e pela ANEEL.

5.2.2. O objeto do certame: comercialização de energia, viabilizado por meio da Usina Hidrelétrica Jirau

O elemento central para conformar a decisão da ANEEL segundo uma perspectiva teleológica sem olvidar, contudo, as prescrições editalícias, partiu da definição do que deveria ser compreendido como objeto do certame. As representações dirigidas ao TCU insistiam que a ANEEL violaria o princípio da vinculação ao instrumento convocatório caso aceitasse que um dos participantes pudesse apresentar um lance referenciado na construção da usina em sítio diverso daquele inicialmente concebido no estudo de viabilidade aprovado pela própria ANEEL.

O questionamento sempre foi visto como plausível. E o fato é que a situação em si causou perplexidade a todos envolvidos com o tema desde o primeiro momento em que veio à baila. Até o Leilão da UHE Jirau, não havia precedente que pudesse balizar o enfrentamento do tema. É sabido que alteração de localização de empreendimento é comum durante a construção de usinas, posto que da fase inicial de estudo de inventário até a implementação do projeto executivo, há refinamentos de concepção, fruto das melhores práticas de engenharia e da própria evolução tecnológica por que passa o campo do conhecimento. O problema posto não residia, portanto, no deslocamento da usina em si, mas no momento em que ela estava sendo concebida, bem como na magnitude que se noticiava. A mudança era anterior à fase de implantação da obra e implicava na alteração de mais de 9 km do local inicialmente concebido. Hart aduz que as situações mais complexas colocadas à reflexão do aplicador da norma referem-se àquelas em que são postos casos padrões em contraste com casos limítrofes questionáveis. Nessas situações, a dificuldade reside justamente em definir se o intérprete

encontra-se realmente diante dos mesmos casos que justificam a aplicação da norma.²⁵⁷ No caso concreto, Guilherme Baggio e Nivalde de Castro assim o retrataram:

Importante recordar que vários, senão todos os empreendimentos de geração licitados nos últimos dez anos tiveram seus eixos alterados em relação aos respectivos Editais. Talvez não com a mesma distância que propõe o consórcio vencedor. Desta forma, a questão então passa a ser de grau e não de conceito: pois se é possível alterar 500 metros, por que não é possível alterar 9 quilômetros?²⁵⁸

Além do grau, a discussão também envolvia o momento da proposição da mudança. Durante a implantação da usina é comum que a alteração do projeto se dê em razão do enfrentamento de situações novas de que não se tinha conhecimento, ou decorrentes da necessidade de superar riscos antevistos que vieram a se concretizar em dimensões maiores. Isso só se mostra possível quando se está em campo e em razão da labuta pela concreta implantação da obra obtém-se acesso a informações outrora desconhecidas ou apenas parcialmente conhecidas.

Para se construir uma usina, um dado inicialmente necessário é conhecer o tipo de solo existente em dada localidade. Essa informação é fundamental para se definir, por exemplo, o local em que será erigida a casa de máquinas do empreendimento. Desse modo, na fase de estudo de inventário, será tracejado um arranjo conceutivo de usina que delimitará determinada área especialmente reservada para esse fim. Como esses estudos estão em fase inicial, não se exige que haja o esgotamento do tema. É esperado que os estudos sejam feitos de forma consistente, mas é inegável reconhecer que possuem um caráter nitidamente preliminar. O maior ou menor aprofundamento dos estudos nessa fase inicial será informado pelo tipo de rocha que for encontrado no caso hipotético. A engenharia da hidrossedimentologia baliza as discussões nessa seara. Pode ocorrer, portanto, que na fase de

²⁵⁷ “(...) às vezes, a diferença entre o caso claro ou paradigmático para o uso de uma expressão e os casos questionáveis é apenas uma questão de grau. Um homem que tem a cabeça lisa e brilhante é evidentemente calvo; outro que exhibe luxuriantes madeixas, obviamente não o é; mas a questão de saber se é calvo um terceiro homem, que tem alguns cabelos aqui e ali, poderia ser discutida indefinidamente se fosse considerada relevante ou se dela dependesse algum assunto de ordem prática. Às vezes, o desvio em relação ao caso-padrão não é mera questão de grau, mas surge quando aquele constitui de fato um complexo de elementos normalmente concomitantes mas distintos, um ou mais dos quais podem faltar nos casos questionáveis. Será um hidroavião um ‘navio’? O jogo pode ainda ser chamado de ‘xadrez’ se for disputado sem a rainha? Essas perguntas podem ser instrutivas por nos forçarem a refletir sobre nossa concepção da composição do caso-padrão e a explicitá-la.” HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. São Paulo: Editora WMF, Martins Fontes, 2009, p.5.

²⁵⁸ BAGGIO, Guilherme P. e CASTRO, Nivalde J. Condicionantes jurídicos do Leilão de Jirau. IFE nº 2325, de 15 de agosto de 2008, GESEL/UFRJ, p. 9.

formulação do projeto básico da usina, quando serão apresentados estudos mais aprofundados para essa situação, seja verificado que há um local mais propício para abrigar a casa de máquinas da usina, distante 500 metros daquele inicialmente concebido. Nessa hipótese, a solução mais racional será ajustar o projeto e construir a casa de máquinas no local mais adequado. A Cláusula Quinta dos contratos de concessão de geração foi concebida com esse propósito, necessária à promoção dos ajustes pertinentes ao trato dinâmico que envolve a implementação de uma obra.

Outra alteração de localização da usina pode ser motivada em razão da necessidade de atendimento às determinações dos órgãos ambientais. Como os potenciais hidráulicos são licitados apenas com a licença prévia, até a liberação da licença de operação que permitirá a geração de energia pela usina, pode ocorrer que se exija, para atendimento de uma condicionante fixada na Licença de Instalação, o deslocamento do local de construção da barragem e, por conseguinte, onde será feito o represamento do rio, pois se teve conhecimento, com aprofundamento dos estudos, que, se o rio fosse represado em determinado local, haveria o alagamento de espécimes vegetais só existentes em determinado sítio geográfico. Nesse caso, tudo leva a crer que a alteração da localização seria medida impositiva. É de se destacar que essa percepção, própria do dinamismo que envolve a construção de uma usina, deve ser vista com maior parcimônia para aqueles casos em que a outorga de geração fora concedida sem a obtenção da LP, visto que é justamente na fase inicial de definição das condicionantes ambientais que as decisões mais importantes do órgão ambiental licenciador são tomadas, não sendo incomuns os casos que envolverão readequação do projeto inicialmente concebido.

Estudo conduzido pelo Banco Mundial²⁵⁹ concluiu que o maior prazo no processo de licenciamento ambiental encontra-se nas fases que antecedem a emissão da licença prévia. Da elaboração dos Estudos de Impacto Ambiental (EIA), e Relatório de Impacto ao Meio Ambiente (RIMA), até a emissão da LP, do universo de casos estudados, verificou-se o transcurso de, em média, 2,7 anos²⁶⁰ para emissão dessa licença pelo IBAMA. Em termos comparativos, esse prazo equivale a 80% do tempo médio observado para emissão da LI, o

²⁵⁹ Em trabalho conjunto de responsabilidade de Alberto Ninio, Garo Batmanian, Juan Pablo Bonilla, Sergio Margulis, Juan Quintero e Luiz Maurer in MUNDIAL, Banco. Licenciamento ambiental de empreendimentos hidrelétricos no Brasil – Uma contribuição para o debate. Escritório do Banco Mundial no Brasil, Estudo Econômico e Setorial – Região da América Latina e do Caribe, 28 de março de 2008.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 63.

que permitira aos autores concluir que “o gargalo do processo” ocorre justamente nessa fase.²⁶¹

Mas esses são casos sobre cujo tema a ANEEL já possui certo consenso interno, favorável à alteração.²⁶² O caso da UHE Jirau foi bem diferente, pois envolveu conceber a mudança da localização da usina enquanto estratégia vencedora para a formalização de um lance no leilão. Daí a perplexidade de todos com o tema. Coube, portanto, avaliar se essa prática era compatível ao certame e, consoante às preocupações assinaladas por Hart, formar juízo sobre se a localização da usina era fator determinante para a tomada de decisão e qual impacto que se produziria no meio regulado em aceitar tal conduta.

Nesse esforço, a SEFID fez uma leitura pormenorizada do edital e assim apresentou o tema e suas conclusões em favor da viabilidade da alteração proposta:

33. Com isso, vê-se que não há uma rigidez absoluta quanto à utilização dos estudos de viabilidade que foram aprovados pela ANEEL para definir o valor monetário máximo pela energia que foi leiloada, uma vez que quaisquer alterações propostas tanto nas características técnicas quanto nas soluções propostas pelo estudo de viabilidade deverão atender aos critérios objetivos listados nos itens 12.9.7, 12.9.8 e 12.9.9 do edital.

34. O Anexo II do Edital traz as características técnicas e informações básicas para a exploração da Aproveitamento de Jirau. Neste anexo está definida a posição do AHE em coordenadas geográficas (9° 19' 52"S e 64° 44' 04"W, sem indicação de *datum*) como sendo àquela correspondente ao aproveitamento ótimo para o AHE Jirau, conforme o §2º do art. 5º da lei no 9.074/95.

35. Ora, se a própria localização é uma característica técnica do empreendimento, não se vislumbra que seu dado não possa ser revisto, pois o que está sendo leiloado conforme o Edital, ou seja, o objeto do Leilão, é a Compra de Energia Elétrica Proveniente da Usina Hidrelétrica de Jirau e não a obra em si. Nessa esteira, o ato que definiu os pontos de melhor repartição de quedas (aproveitamento ótimo) pode ser revisto a qualquer momento pelo poder concedente, a pedido ou não, exatamente por se tratar de um aspecto técnico que não é absoluto, podendo apresentar inúmeras alternativas que se

²⁶¹ Em termos comparativos aos EUA, afirmam que: “Essas estimativas permitem-nos dizer, adicionalmente, que os prazos de licenciamento no Brasil são superiores, mas talvez por uma margem razoável, aos observados nos EUA. Todos os prazos médios apresentam dispersão de quase 50% em torno da média, o que certamente gera incerteza, pois sugerem que o empreendedor deve ter muita dificuldade de fixar um prazo de licenciamento que seja compatível com o do financiamento e do desenho final do projeto. É possível, e provável, que projetos sejam licenciados antes do prazo que o empreendedor esperava e, portanto, sem o financiamento e o projeto final prontos. Ou, analogamente, que esses estejam aprovados antes da licença ambiental emitida.” [grifos do original]. *Idem*, p. 65.

²⁶² São exemplos concretos dessa discussão a superação de entendimentos divergentes que impediam a continuidade da exploração da UHE Itaocara (Processo nº 48500.005924/2000-61) e PCH Marechal Floriano (Processo nº 48500.005768/2000-48).

mostrarão boas ou ruins quando confrontadas com critérios técnicos de custos, impactos ambientais, energéticos, etc.

36. Tal colocação é corroborada na medida em que a execução dos projetos básico e executivo, bem como a própria construção da obra, correm por conta e risco do concessionário. O poder concedente, por conseguinte, não responde por quaisquer falhas que possam estar presentes nos estudos de viabilidade e de inventário que serviram de base para o leilão.

37. Tanto é assim que a Empresa de Pesquisa Energética, na sua missão de subsidiar a formulação, o planejamento e a implementação de ações do Ministério de Minas e Energia, no âmbito da Política Energética Nacional (parágrafo único do art. 4º da Lei no 10.847/04), visando a reduzir o custo de investimento do empreendimento, promoveu estudos de otimização das estruturas e do arranjo geral do projeto proposto nos estudos de viabilidade e inventário aprovados pela ANEEL (despacho nº 909, de 30 de março de 2007), os quais foram executados por Furnas Centrais Elétricas S.A. e a Construtora Norberto Odebrecht.²⁶³

A percepção técnica da SEFID mostrou-se aderente ao entendimento da Comissão Especial de Licitação da ANEEL, que não vislumbrou nenhum ato que contrariasse a vinculação ao instrumento convocatório, razão pela qual propôs a adjudicação do objeto do certame à vencedora, acatado pela Diretoria da ANEEL, por meio de Aviso de Adjudicação e Homologação do Leilão nº 05/2008, datado de 22 de julho de 2008.

O elemento central que orientou o entendimento da ANEEL foi que o Edital visava regular a compra de energia elétrica proveniente da UHE Jirau, tendo sido formatado em concepção aderente ao balizamento das outorgas de geração e às regras competitivas de comercialização no ACR. As características desse modelo e do regime jurídico do PIE, já discutidas no Capítulo 1, foram fundamentais para integrar o entendimento da ANEEL sobre o item vestibular do edital, que especifica o objeto do certame. A partir das prescrições

²⁶³ 28. Diretamente ao ponto, em relação à legitimidade do pleito de se proceder à alteração da localização do AHE JIRAU transcrevem-se partes do item 12 do Edital, referente às condições para recebimento da outorga de concessão. (...)

“29. Observa-se nos itens 12.9.8 e 12.9.9 que as solicitações de alteração podem ser levadas a efeito pelo vencedor do leilão, ou adjudicado, já na condição de concessionário.

30. Tais itens indicam, portanto, que quem vier a ser adjudicado está vinculado a sua proposta, uma vez que deve assinar o contrato de concessão antes de solicitar formalmente alteração nas características técnicas do empreendimento ou mesmo propor alterações no projeto básico que adotem soluções diferentes daquelas dos estudos de viabilidade.

31. Do ponto de vista da minuta de Contrato de Concessão, em sua Cláusula Quinta, que trata das características técnicas da obra, há uma vinculação explícita da construção da UHE Jirau com o Estudo de Viabilidade aprovado por meio do Despacho ANEEL nº 909, de 30 de março de 2007. (...)

32. Todavia, com uma análise mais minuciosa, constata-se que na própria Subcláusula Primeira, é citado o item 3.3 do Anexo II do Edital de Leilão em referência ao projeto básico do AHE. Esse item consigna que a concessionária deve respeitar os "elementos estruturantes" dos estudos de inventário e de viabilidade relacionados no item 3 do edital, afirmando ainda que eventuais alterações dependerão de prévia anuência da ANEEL.”

reservadas ao regime jurídico do PIE, foi possível compreender que a localização da usina não era relevante para a tomada de decisão. Segundo o item definidor do objeto, tem-se que:

1 – DO OBJETO

1.1 Constitui objeto deste LEILÃO a Compra de Energia Elétrica Proveniente da Usina Hidrelétrica Jirau – UHE Jirau, no rio Madeira, localizada no Estado de Rondônia, indicada como projeto de geração com prioridade de licitação e implantação, por seu caráter estratégico e de interesse público, nos termos do inciso VI do art. 2º da Lei nº. 9.478, de 6 de agosto de 1997, conforme Resolução CNPE nº. 1 de 11 de fevereiro, de 2008. [grifos acrescidos]

1.2 A UHE Jirau, cujas características técnicas estão definidas no Anexo II deste Edital, consiste no aproveitamento do potencial hidráulico, com potência instalada de, no mínimo, 3.300 MW, e nas INSTALAÇÕES DE TRANSMISSÃO DE INTERESSE RESTRITO À CENTRAL GERADORA.

1.3 A parcela de energia produzida na referida Usina Hidrelétrica, que for destinada ao Ambiente de Contratação Regulada – ACR, será objeto de Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado – CCEAR na modalidade por Quantidade de Energia, com prazo de duração de trinta anos e início de suprimento em 2013, nos termos da minuta constante do Anexo III deste Edital.

1.4 Este LEILÃO dará origem a uma outorga de Concessão de Uso de Bem Público para exploração da usina em regime de PRODUÇÃO INDEPENDENTE DE ENERGIA ELÉTRICA - PIE, a ser emitida mediante Decreto.

1.4.1 A outorga será consolidada mediante assinatura do Contrato de Concessão de Uso de Bem Público para geração de energia elétrica, a ser celebrado entre o PODER CONCEDENTE e a Concessionária, com prazo de 35 (trinta e cinco) anos, contado a partir da data de sua assinatura, conforme minuta integrante do Anexo IV deste Edital.

Vê-se que as características técnicas especificadas no Anexo II do edital, e referidas no item 1.2, diziam respeito à concepção contida no estudo de viabilidade da UHE Jirau e não poderiam ser compreendidas como inalteráveis, uma vez que o regime jurídico do PIE é informado por maior liberdade gerencial, compatível com a outorga de concessão de uso de bem público, o que pressupõe maior transferência de risco quando não se estabelece um regime parametrizado entre obrigações e direitos para reger a implantação da usina e sua consequente geração de energia.

A relevância do caso contou com posicionamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello e Marçal Justen Filho, por meio de pareceres juntados pelo Consórcio Energia

Sustentável. Bandeira de Mello percebeu a usina como aquela que exerce um papel tipicamente instrumental ao certame. Segundo ele:

O objeto específico do leilão de que trata a Consulta não é propriamente a construção de uma usina hidrelétrica. Esta é o instrumento para que o Poder Público coloque à venda a energia elétrica que será por meio dela produzida por quem, neste mesmo leilão, vencer a disputa pela concessão do uso de bem público para explorar a usina em regime de produção independente de energia.²⁶⁴

Mais à frente, ao discorrer sobre o regime informativo do PIE, pontuou a necessidade de se prestigiar a liberdade empresarial conferida a essa modalidade específica de outorga:

Acresce que, ao incumbir a Proponente da elaboração do Projeto Básico e ao dizer que este correrá “integralmente por conta e risco da Concessionária”, conferiu a ela uma liberdade e uma responsabilidade correspondentes a tal encargo e nelas não pode deixar de estar compreendido pelo menos tudo aquilo que não lhe foi sequer implicitamente vedado ou sugerido como inalterável.²⁶⁵

Em conclusão, após tecer considerações gerais acerca do princípio da eficiência para a Administração Pública (art. 37 da CF/88), no sentido de que o “administrador é sempre obrigado a buscar a melhor solução: a mais eficiente, a mais econômica, a que atenda com maior presteza o interesse público que esteja a demandar suprimento e aquela que causar o menor agravo a algum outro interesse público que porventura esteja em causa”, assinalou que, no caso concreto:

Não é o caso de reproduzir aqui todos os benefícios resultantes de tal otimização e que se encontram abundantemente referidos nos documentos acostados à Consulta. Basta aqui referir que graças a ela o valor final da tarifa pode ser reduzido em 22% em relação ao preço teto e que a notável redução das escavações com a alteração do local escolhido para o eixo da barragem sobre baratear a obra e reduzir o tempo de sua execução, o que é também uma vantagem óbvia, minimizou de modo altamente significativo o impacto ambiental.²⁶⁶

²⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. Consulta formulada por Energia Sustentável do Brasil. p. 6. Disponível nos autos do processo ANEEL nº 48500.005684/2008-97.

²⁶⁵ *Ibidem*, p.13.

²⁶⁶ *Idem*, p.18.

Por essas razões, manifestou-se favorável à alteração proposta. Marçal Justen Filho chega à mesma conclusão, compartilhando de algumas premissas abraçadas por Bandeira de Mello, tecendo percutientes considerações acerca dos fins visados com a formatação do procedimento licitatório levado a efeito pela ANEEL. Nesse sentido, aduziu que:

A determinação precisa e exata do eixo geográfico da barragem era uma questão juridicamente secundária no caso concreto. [...] Essa conclusão se impõe a partir da constatação de que o objeto da licitação foi a venda de energia. [...] O aproveitamento do potencial hidroelétrico de uma certa seção do Rio Madeira era o meio a ser utilizado para a geração de energia elétrica objeto da negociação. A União (por meio da ANEEL) assegurava ao particular o direito de explorar o referido potencial. Mas a outorga da concessão de uso do referido potencial não era o objeto principal, a finalidade direta da licitação. (...) Cabia aos particulares a integral responsabilidade pela concepção do empreendimento. (...) A União optou por não determinar de modo preciso e exato as condições exatas de implantação do empreendimento precisamente porque a finalidade essencial era essa: a obtenção da menor tarifa possível. Logo, cabia aos interessados valer-se de toda a sua capacitação para identificar as soluções mais satisfatórias e adequadas para ofertar a menor tarifa.²⁶⁷

Ainda que não se possa afirmar que houve uma opção deliberada em permitir a alteração da localização da UHE Jirau, pois era nítida a perplexidade inicial de todos os agentes públicos envolvidos com o tema, o fato é que, com maior flexibilidade nos arranjos de construção das usinas, o que se buscou privilegiar foi conferir maior espaço para concretização da modicidade tarifária, pois acabou-se por legitimar que os próprios proponentes apresentassem formulações diversas de concepções de engenharia acerca da obra, trespassando o risco subjacente a essas escolhas para a fase de formulação do projeto básico, em momento posterior, portanto, ao certame, e que se esperava que fosse traduzido em ganhos compartilhados com todos em razão de reduções do preço teto inicialmente fixado por força do alargamento do espaço de atuação da competição. Não há dúvidas de que essa prática aumenta o risco envolvido no procedimento de delegação da execução do serviço, mas, como toda troca em ambiente de mercado, seu ônus é compensado pelo aumento da modicidade tarifária e o consequente estímulo à competição. Foram, portanto, preocupações eminentemente teleológicas que definiram o juízo de convicção da ANEEL.

²⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer sobre o cabimento de alteração do eixo geográfico de barragem em leilão de venda de energia. Disponível nos autos do processo ANEEL nº 48500.005684/2008-97, p.27 e 28.

Para mitigar, contudo, comportamentos oportunistas que configurariam a hipótese extremada, ou outros casos que implicassem alto risco para a concessão, levou-se em conta um conjunto de garantias que vão além da Garantia de Fiel Cumprimento aportada em benefício da ANEEL. Contou-se também com o filtro decorrente dos requisitos de habilitação econômico-financeira exigidos dos vencedores. Em razão dos valores previstos, mostrou-se razoável concluir que esses riscos estavam devidamente mitigados por esses instrumentos. O alto valor da garantia de proposta serviria como elemento inibidor ao comportamento oportunista. Foi exigido 1% do valor da obra como garantia de proposta, o que equivaleu a quase R\$ 87 milhões. Esse valor foi recolhido pelo consórcio vencedor por meio de aporte de caução bancária em favor da ANEEL, no montante de R\$ 34.796.496,48, além de fiança bancária e seguro-garantia validados junto ao agente custodiante no importe de R\$ 52.194.744,72. Qualquer comportamento, portanto, que pudesse implicar no descumprimento das regras do edital, permitiria a execução dessa garantia.²⁶⁸ O expressivo valor das garantias permitira supor que dificilmente alguém estaria disposto a sacrificar tamanha cifra apenas para frustrar um certame público. Para os demais casos, a garantia serviria de forte desestímulo a eventuais tentativas de não honrar o lance proposto. Ademais, militava em prol do consórcio vencedor o fato de ser constituído por empresas consolidadas no setor elétrico, responsáveis por obras complexas, com largo histórico de atuação no setor elétrico. Por parte da Eletrobrás, participaram as tradicionais subsidiárias Chesf e Eletrosul. Na iniciativa privada, o consórcio era comandado pelo Grupo GDF Suez, conglomerado econômico de participação global em vários empreendimentos de energia, com atuais 68.4 GW de capacidade instalada no mundo e mais de 20 GW de capacidade em construção,²⁶⁹ e que tinha como construtora a empresa brasileira Camargo Corrêa S.A., uma das maiores empreiteiras do país, responsável por diversas obras.

De todo modo, independentemente do deslocamento da usina, o arranjo do edital, tendo por critério a menor tarifa, já importava em considerar que o conhecimento técnico

²⁶⁸ Pela leitura do item 7.8, vê-se que os casos que permitem a execução da garantia de proposta são sempre objetivos e visam assegurar o cumprimento irrestrito dos termos do Edital, buscando-se preservar a concretização do certame através da formalização do seu contrato subjacente. Por ocasião da fase de assinatura do contrato, a garantia de proposta é substituída pela garantia de fiel cumprimento. Quando contrastada com a Lei nº 8.666/93, vê-se que a garantia de proposta serve como um parâmetro indicativo da higidez econômico-financeira do participante do procedimento, razão por que é tratada no artigo 31, III da referida lei.

²⁶⁹ Os dados são do sítio oficial do grupo, que também traz a informação que o Grupo Suez é atualmente o maior produtor independente de energia do mundo. Considerados os atores públicos, o Grupo Suez é o quinto maior produtor de energia na Europa, com faturamento global anual de € 79,9 bilhões em 2009, empregando 200.650 pessoas. Disponível em <http://www.gdfsuez.com/en/group/profile/profile>. Acesso em 01/11/2010.

sobre a melhor forma de implantação da usina já havia sido trespassado à iniciativa privada. Nesse aspecto, assiste razão a Justen Filho quando pontua que:

Foi adotado um leilão de menor tarifa, impondo-se aos licitantes o ônus de formular proposta quanto ao valor a ser cobrado pelo megawatt-hora quando da futura operação do empreendimento. Ou seja, não se estabeleceu competição quanto a questões técnicas. (...)

O fundamental era a assunção pelo licitante vencedor da obrigação de gerar energia elétrica pela menor tarifa possível. Os meios para obter esse resultado eram atribuídos à exclusiva responsabilidade do particular, incluindo-se nos riscos da concessão.²⁷⁰

Conforme a política pública de expansão da geração de energia elétrica, o empreendedor que se sagra vencedor de um dos certames licitatórios previsto para suprimento de energia no ACR possui duas obrigações no setor elétrico: (i) suprir as necessidades das distribuidoras no montante negociado nos leilões; e (ii) construir as usinas outorgadas nos prazos estabelecidos. A outorga de geração confere, portanto, lastro para que o empreendedor de geração possa suprir as necessidades do mercado. Se, eventualmente, a construção da usina atrasar, esse mesmo empreendedor terá que ir ao mercado e comprar energia de terceiros, via garantia física, para honrar os CCEARs que foram celebrados, sujeitando-se às penalidades (i) por atraso na construção da usina e (ii) por eventual ausência de suprimento às distribuidoras, alterando-se, inclusive, as regras de valoração da energia que não fora suprida com a geração outorgada.²⁷¹ Há, portanto, um trespasse de risco fundamental que baliza ambas obrigações.

Também quanto ao aspecto de avaliação do risco e reflexo no projeto básico que seria apresentado à ANEEL, Justen Filho trouxe importantes considerações sobre o tema:

É da inerência dos estudos preliminares a insuficiência e a carência de elementos. O estudo preliminar reflete o conhecimento preliminar disponível. Logo, apresenta-se como uma solução precária, provisória e incompleta. [...] Se a concessão fosse estritamente vinculada às condições previstas no edital, produzir-se-ia um resultado despropositado. Ora, o edital se baseara em estudos preliminares. Logo, ter-se-ia de convir que o conteúdo do projeto básico seria predeterminado pelos estudos preliminares, o que significaria uma indefensável inversão lógica, jurídica e técnico-

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 39-40.

²⁷¹ O tema é tratado pelas Resoluções nº 63 e 165 da ANEEL. Há de destacar que, conforme discorrido no item 3, para a UHE Jirau esse fato também poderia ensejar redução da garantia física, calculada de forma individualizada por unidade geradora e com previsão de penalização específica em caso de atraso.

científica.(...) O projeto básico pode e deve alterar e inovar os estudos preliminares, sempre que o aprofundamento da análise das circunstâncias demonstre que a solução mais adequada não fora contemplada nos ditos estudos. Aliás, é justamente esse o sentido de se realizar projeto básico antes da execução de uma obra. Se fossem vedadas inovações, aperfeiçoamentos e correções em relação aos estudos preliminares, o projeto básico seria inútil e desnecessário. (...) ²⁷²

Ceifados os excessos argumentativos, os estudos preliminares foram entendidos enquanto tais, ou seja, fornecedores de informações iniciais que ainda não se encontravam, portanto, inacabadas. Importantes para o balizamento de vários atos jurídicos, vez que servem como substrato técnico para definição do preço teto, montante a ser cobrado pelo uso do bem público, definição inicial da garantia física da usina, não podem ser compreendidos com a determinação de construção de um empreendimento em local previamente definido. Tampouco devem ser entendidos como uma espécie de garantia de que todos os elementos que serviram para sua confecção se mostrarão contemplados na realidade fática. Só pelo aprofundamento dos estudos nas etapas posteriores se poderá, gradativamente, aclarar o cenário de risco inerente à outorga de uma usina.

5.3. Conclusão sobre o caso Jirau

A expansão da geração de energia elétrica no país está assentada na figura jurídica do PIE. As regras de outorga e o regime que informam as atividades realizadas pelo PIE permitem compreender o modelo de geração de energia estruturado na defesa da

²⁷² “Nas hipóteses em que a licitação se funda apenas em estudos preliminares, verifica-se situação isonômica entre todos os licitantes quanto ao exercício da autonomia mais ampla. Cada licitante pode conceber soluções distintas para implementar o empreendimento, tomando em vista a ausência de uma solução cristalizada em um projeto básico. [...] Nesse cenário, nenhum licitante pode opor-se à originalidade na concepção da solução mais vantajosa por outro licitante. A autonomia mais ampla reconhecida aos licitantes pode conduzir à formulação de solução que incorpora vantagens não imaginadas por outro competidor. [...]”

“O exame do Edital e de seus anexos evidencia a ausência de força jurídica vinculante para os estudos preliminares. O ato convocatório consagrou disciplina eliminando a relevância aos estudos preliminares. Essa regra era tão relevante que foi veiculada de modo harmônico em dois dispositivos diversos.

A regra constou, primeiramente, do item 7.4 do Anexo II, cuja redação está abaixo reproduzida:

‘Não serão consideradas quaisquer reclamações baseadas em possível inadequação ou inexatidão dos estudos realizados...’

A questão foi objeto de disciplina similar na Subcláusula Quarta da Cláusula Quinta, assim redigida:

‘Não serão consideradas pela ANEEL quaisquer reclamações que se baseiem na inadequação ou inexatidão dos Estudos de Viabilidade e Ambientais...’

Apenas é possível reconhecer validade jurídica a essa determinação se for reconhecida a irrelevância jurídica e a ausência de efeito vinculante dos estudos preliminares.” *Op. cit.*, p.34-47.

concorrência, enquanto princípio público, prestigiador de um arranjo que tem por objetivo último a modicidade de tarifas e de preços e a eficiência alocativa, por meio da livre assunção de riscos e prestígio da aceção empresarial.

O Leilão da UHE Jirau trouxe a complexidade que comportamentos submetidos a regras de mercado suscitam. Além da discussão jurídica travada com o Congresso Nacional, ainda não finalizada, há pendência de ações em trâmite na Justiça. Mesmo no setor elétrico, não são incomuns vozes dissonantes do encaminhamento favorável à mudança conduzido pela ANEEL.

Pela perspectiva teleológica adotada pela ANEEL para interpretação e aplicação das normas, verifica-se que a mudança da localização da usina traduziu-se como estratégia vencedora para se ganhar um certame informado pela maior assunção de riscos, com critério de disputa assentado no menor preço de venda de energia. Essa estratégia, própria de um ambiente competitivo, permitiu o oferecimento de um preço menor para suprimento das necessidades das distribuidoras. Esse comportamento contribuiu para a modicidade tarifária dos consumidores cativos em mais de R\$ 4.741.632.690,97.²⁷³ Além disso, foi capaz de enfrentar uma falha de mercado existente nas licitações do setor elétrico. Essa falha se refere à assimetria de informação existente entre os competidores, visto que o empreendedor que desenvolve os estudos de viabilidade da obra pode participar do certame, o que faz com que ele, naturalmente, tenha mais informação que os outros competidores.

A defesa da prática empreendida pelo consórcio vencedor prestigiou a competição e a modicidade tarifária, objetivos perseguidos pela política pública de geração de energia no país, sendo, portanto, compreendida como lítica na dinâmica de assunção de riscos que caracteriza o regime jurídico do PIE.

Curiosamente, mais tarde, constatou-se que o deslocamento do eixo de Jirau foi ainda capaz de crescer mais energia firme ao sistema. Esse ganho de energia, comercializado parcialmente no Leilão de energia nova A-3 de 2011, foi capaz de impedir que a UHE Santo

²⁷³ Tomando por referência a diferença entre os preços ofertados entre os consórcios, chega-se ao valor de R\$ 13,60 MW/h. Esse valor, multiplicado pela quantidade de horas no ano (8760), permite conhecer a economia anual. Proporcionalizada ao montante de garantia física alocado ao ACR (70% = 1383MWm), a economia anual seria de R\$ 164.765.088 MW/ano. Caso os CCEARs não tivessem sido concebidos de forma escalonada, a conta final seria decorrente da multiplicação da economia anual pela vigência dos contratos (30 anos), o que representaria uma modicidade tarifária de R\$ 4.942.952.640,00, desconsiderado o reajuste anual. Como os CCEARS foram concebidos de forma escalonada, esse valor reduz um pouco, mais chega aos expressivos R\$ 4.741.632.690,97 reais (considerado o montante de energia, rateado entre os compradores, de **348.649.462,578 MWh**).

Antônio perdesse garantia física por inconsistência posteriormente verificada nos referenciais de locação daquela usina. A complexidade desse tema requereria um capítulo específico, mas serve para ilustrar como decisões tomadas pela iniciativa privada podem se mostrar mais condizentes com o interesse público que aquelas inicialmente escolhidas pela área pública e são típicas de um meio informado por normas de teor liberalizante.

Todas essas questões só poderão ser enfrentadas se os aplicadores da norma se predispuserem a discuti-las e compreendê-las. Para tanto, precisam deixar a zona de conforto do que se costuma chamar de análise “estritamente jurídica”, postulada pela perspectiva formal-legalista e se empenharem no estudo e compreensão dos mecanismos e comportamentos adotados no mercado e refletidos na política concebida para reger determinado setor, tal como possibilitado pela adoção do método do Direito Econômico. Só assim é possível extrair o verdadeiro sentido conferido à norma jurídica, pois a racionalidade econômica, conforme discutido no capítulo terceiro, exerce papel fundamental no processo de aplicação das normas.

Conclusão

Os enunciados normativos destinados a reger condutas em ambientes informados pela lógica de mercado se caracterizam por terem prescrições semanticamente abertas, com tipologias flexíveis, dependentes, portanto, de substancial juízo avaliativo na atividade de construção do sentido de aplicação da norma. Essas características estão presentes nas normas de regência do setor elétrico desde as reformas liberalizantes ocorridas no país a partir da década de 1990.

A ANEEL desempenha papel fundamental na implementação da política pública de geração de energia elétrica. O artigo 2º da Lei nº 9.427/96 prevê que suas atividades de regulação e fiscalização serão conduzidas em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.²⁷⁴ Ocorre que as leis que estipulam os parâmetros para implantação dessas políticas são repletas de dispositivos vagos. Tais normas traduzem, na perspectiva de Alexandre Aragão, uma verdadeira reestruturação de poderes entre o Legislativo e Executivo, privilegiando o fortalecimento da função executiva “através da edição de leis com termos crescentes amplos, fixadoras apenas de parâmetros bem gerais e frequentemente contraditórios, para a ação do Executivo, tornando-o cada vez mais livre na escolha das medidas gerais ou concretas a serem adotadas”²⁷⁵.

Eros Grau as retrata como “vagas nos seus enunciados, imprecisa nos seus pressupostos de aplicação e elástica em sua determinação”²⁷⁶. As razões suscitadas para justificar o fenômeno dessa forma de se legislar são diversas, perpassando desde uma busca por maior especialização até uma suposta necessidade imprimida pela dinamicidade do mercado, o que demandaria acompanhamento constante e pormenorizado pela função regulatória executiva. No desempenho dessa função, pela fluidez dos parâmetros legais, há ampliação do espectro de discricionariedade para decidir.

²⁷⁴ Art. 2º A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

²⁷⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.66.

²⁷⁶ GRAU, Eros. *O Direito posto e pressuposto*. 7 Ed. São Paulo: Malheiros: 2008, p.213.

A discricionariedade decisória não pode ser, contudo, compreendida como ilimitada ou passível de justificar qualquer tomada de decisão. Estará sempre limitada pela norma, mas espera-se que, no exercício de aplicação da norma ao caso concreto, o intérprete seja orientado a concretizar os objetivos dispostos na política pública e não por uma falsa pretensão que busque esgotar nos próprios parâmetros da norma todos os pressupostos necessários para sua aplicação. Na percepção teleológica, esses objetivos, muitas vezes positivados enquanto princípios, como o da modicidade de preços e tarifas e garantia de suprimento para a geração de energia elétrica, deverão ser implementados, como salienta Robert Alexy, “na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”²⁷⁷, orientando toda a atividade interpretativa.

Caso condizente com essa prática foi a decisão da ANEEL favorável à alteração da localização da usina hidrelétrica Jirau. Para que a aplicação das normas possa produzir os resultados minimamente eficientes esperados pela política pública de geração, deve ser levado em conta o método proposto pelo Direito Econômico, eminentemente teleológico, que tem na racionalidade econômica importante mecanismo explicativo sobre o sentido das condutas praticadas no meio, o que confirma a hipótese de pesquisa suscitada.

Sem consideração dessa perspectiva, caso a formal-legalista prevalecesse, o julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do programa de racionamento de energia elétrica em 2001 poderia resultar em pelo menos duas desastrosas situações: (i) pela regra de livre comercialização, a energia seria alocada àqueles que estivessem mais dispostos a consumi-la, frustrando-se, pois, a perspectiva universalizante do serviço; e (ii) o problema da escassez continuaria a perdurar, com possível agravamento caso mais liminares judiciais fossem concedidas, pois o problema a ser enfrentado naquela situação era compatibilizar o comportamento da oferta em face da restrição da demanda, sendo certo que decisões judiciais não são capazes de produzir energia elétrica, ainda que boa parte dos adeptos da perspectiva formal-legalista não se preocupe com as consequências das decisões judiciais no meio regulado.

Com a inserção e espraio da perspectiva teleológica assentada no método do Direito Econômico restarão disponíveis novas ferramentas e outras relevantes preocupações no processo de interpretação e aplicação da norma. Deve-se salientar, contudo, que, nem

²⁷⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 66.

mesmo na sofisticada economia norte-americana e em seus ricos debates acadêmicos, essa temática tem tido a atenção que deveria merecer.²⁷⁸

Boa parte da resistência à adoção da perspectiva ora proposta radica na confrontação paradigmática que ela suscita em relação à cultura jurídica de formação dos atores jurídicos que ainda privilegia a chamada “visão lógico-formal”. Ao retratá-la, Roberto Freitas Filho sintetiza que sua forma de compreensão do método jurídico faz “[d]o ator jurídico um aplicador não questionador do Direito e das normas”²⁷⁹.

Uma das consequências da chamada visão lógico-formal e do seu consequente método de interpretação reside em vindicar caráter unívoco no processo de interpretação e aplicação das normas, desconsiderando, contudo, que o processo de interpretação e aplicação de normas se dá, na verdade, diante de “molduras normativas”, tal como referido por Kelsen, havendo, no mínimo, mais de uma forma possível para se decidir uma mesma matéria.²⁸⁰

O resultado de como um intérprete decide matérias que versam sobre o funcionamento de mercados revela, em última medida, a sua própria convicção sobre o entendimento que possui acerca de como o Poder Público deve intervir no trato econômico, daí a importância de se continuar a caracterizar a atividade de geração de energia elétrica como serviço público. Mesmo com toda a reforma constitucional e legislativa envidada, os serviços referentes a essa atividade não deixaram de ser tratados como tipicamente públicos, exigindo, pois, que no

²⁷⁸ Em avaliação sobre o que seria o campo do novo Direito Administrativo, Susan Rose-Ackerman pontua que é “estranho e lastimável que a análise econômica do direito (law & economics) seja frequentemente associada a um conjunto de ideologias conservadoras e, para muitos, moralmente condenáveis que não tem conexão intrínseca com a análise econômica de problemas jurídicos.” Em face disso, postula que “o direito administrativo deveria tornar-se mais preocupado com o modo como políticas substantivas são feitas e com a revisão dos paradoxos e inconsistências dos processos de escolha coletiva. Apesar de esta mudança de ênfase já ter começado, ela deve ir muito além. O foco deveria estar menos em se todos os interessados afetados foram ouvidos ou se o Estado está prejudicando indivíduos específicos, e mais nas características estruturais do processo político e de políticas públicas e na avaliação de resultados substantivos em termos de equidade e eficiência.” ACKERMAN, Susan Rose. *Análise econômica progressista do Direito - e o novo Direito Administrativo. Regulação Econômica e Democracia – O Debate norte-americano*. Paulo Mattos (coord.). São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 243-249.

²⁷⁹ “O método privilegiado, nesta concepção de Direito, é o método dedutivo, e parte de dogmas fora do conhecer jurídico. Tal método não possui caráter científico, já que sua verificação e objetivação progressiva não são atingíveis. As características básicas são a predominância do estudo do Direito Positivo e, em especial o Direito estatal. A legalidade e a validade como conceitos privilegiados, o trato das disciplinas de forma estanque, a não interdisciplinariedade e a desconsideração da política na influência da criação da norma.” FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do Direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma*. Brasília: Brasília jurídica, 2003, p.26-27.

²⁸⁰ “Nesse caso, a interpretação de uma lei não é necessária a uma decisão como a única certa, mas leva, possivelmente, a várias decisões – enquanto só se ajustam à norma a ser aplicada – do mesmo valor, mesmo que uma única dentre elas se torne direito positivo numa sentença judicial.” KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad.: José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 6. ed. São Paulo, RT, 2009, p. 150.

processo de implementação dessas políticas públicas, os aplicadores da norma se esforcem em concretizar seus objetivos. Com esse desiderato, é possível cogitar em *government by policies*, tal como referido por Enrique Saraiva.²⁸¹

²⁸¹ “Fluxo de decisões públicas orientado a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios destinados a modificar essa realidade. Decisões condicionadas pelo próprio fluxo e pelas reações e modificações que elas provocam no tecido social, bem como pelos valores, ideias e visões dos que adotam ou influem na decisão. É possível considerá-las como estratégias que apontam para diversos fins, todos eles, de alguma forma, desejados pelos diversos grupos que participam do processo decisório. A finalidade última de tal dinâmica – consolidação da democracia, justiça social, manutenção do poder, felicidade das pessoas – constitui elemento orientador geral das inúmeras ações que compõem determinada política. Com uma perspectiva mais operacional, poderíamos dizer que ela é um sistema de decisões públicas que visa a ações ou omissões, preventivas ou corretivas, destinadas a manter ou modificar a realidade de um ou vários setores da vida social, por meio da definição de objetivos e estratégias de atuação e da alocação dos recursos necessários para atingir os objetivos estabelecidos.” SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Orgs.) Políticas públicas. Brasília: ENAP, 2006, p. 28-29.

Referências bibliográficas

ACKERMAN, Susan Rose. Análise econômica progressista do Direito: e o novo Direito Administrativo. In: MATTOS, Paulo (Coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Ed. 34, 2004.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL. Processos administrativos. Disponível em <http://www.aneel.gov.br> . Acesso em 29 de novembro de 2010.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

ALVES, José Carlos Moreira. Alienação fiduciária em garantia. In: CAHALI, Yussef Said (Coord.). **Contratos nominados: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1995.

AMADO, Juan Antonio Garcia. **Teorias de la tópic jurídica**. 1. ed. Madri: Editorial Civitas.

ANDERSON, Perry. **Passagens da antiguidade para o Feudalismo**. 5. ed., Trad: Beatriz Sidou. São Paulo: Brasiliense, 1989.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ASSAFIM, João Marcelo de Lima. **A transferência de tecnologia no Brasil – Aspectos contratuais e concorrenciais da Propriedade Industrial**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

BAGGIO, Guilherme P.; CASTRO, Nivalde J. **Condicionantes jurídicos do Leilão de Jirau**. IFE nº 2325, de 15 ago. 2008, GESEL/UFRJ.

BANCO MUNDIAL. **Licenciamento ambiental de empreendimentos hidrelétricos no Brasil: uma contribuição para o debate**. Escritório do Banco Mundial no Brasil, Estudo Econômico e Setorial - Região da América Latina e do Caribe, 28 mar. 2008.

BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL - BNDES. FERREIRA, Carlos Kawall Leal. Privatizações do setor elétrico no Brasil. Disponível em http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/ocde/ocde06.pdf Acesso em 11 de julho de 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito Econômico Brasileiro**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Trad: Mauro Gama e Cláudia M. Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BERTI, Enrico. **As razões de Aristóteles**. São Paulo: Loyola Editores, 1998.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO Gianfranco. **Dicionário de Política**. Vol. 1. 8. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BULGARELLI, Waldírio. **Contratos mercantis**. São Paulo: Atlas, 2000.

CAHALI, Yussef Said (coord.). **Contratos nominados: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1995.

CAMPOS, Clever M. **Introdução ao Direito de Energia Elétrica**. São Paulo: Icone, 2001.

CARRIÓ, Genaro R. *Los derechos humanos y su proteccion: distintos problemas*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

CASTRO, Marcus Faro; LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher (Orgs.). **Direito da Energia Elétrica no Brasil: Aspectos institucionais regulatórios e socioambientais**. Brasília: ANEEL, 2010.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Bastos, 1964.

CHAGAS, Eduardo de Barros. ***Project finance no setor elétrico brasileiro: Um estudo de caso da Usina Hidrelétrica de Barra Grande***. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, 2006.

CHANG, Ha-Joon. ***Chutando a escada: a estratégia de desenvolvimento em perspectiva histórica***. Trad.: Luiz Antônio de Oliveira. São Paulo: UNESP, 2004.

CHICK, Martin. ***Electricity and energy policy in Britain, France and the United States since 1945***. Edward Elgar: Cheltenham, Northampton, 2007.

COASE, Ronald Henry. *The problem of social cost. The journal of law and Economics*. Chicago: University of Chicago, 1960.

_____. *The nature of the firm. Economica*: Blackwell Publishing, 1937.

CRETELLA JÚNIOR, José. ***Tratado de Direito Administrativo***. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 55.

DELMAS-MARTY, Mireille. ***Três desafios para um direito mundial***. Rio de Janeiro: Lúmen-juris.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. ***Parcerias da administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas***. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DIAS, Renato Feliciano (Coord.). ***Panorama do Setor de Energia Elétrica no Brasil***. Rio de Janeiro: Eletrobrás, 1988.

DOBB, Maurice. ***A evolução do capitalismo***. 9. ed. Trad: Manuel do Rêgo Braga. Rio de Janeiro: LTC, 1987.

DORFMAN, Robert. ***Preços e mercados***. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977.

DUGUIT, Leon. ***Traité de Droit Constitutionnel***. 2. ed. V. II. Paris, Fontemoing, 1923.

DURKHEIM, Émile. ***Da divisão do trabalho social***. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. ***O Império do Direito***. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008.

ESTEVES, Daniel Santa Bárbara. **Os riscos nas concessões de uso de potenciais hidráulicos para produção independente de energia elétrica**. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, 2009.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

_____. Crise do Direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma. Brasília: Brasília jurídica, 2003.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007

GANIM, Antonio. **Setor Elétrico Brasileiro: aspectos regulamentares, tributários e contábeis**. Brasília: Canal Energia - Synergia, 2009.

GOMES, Marcelo Barros *et al.* 10 anos de controle externo da regulação de serviços públicos. In: **Regulação de serviços públicos e controle externo**. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. O Direito posto e o direito pressuposto. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GREENSPAN, Alan. **A era da turbulência: aventuras em um novo mundo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUNTHER, Max. **Os axiomas de Zurique**. 23. ed. Rio de Janeiro: Record, 2009.

HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação: doutrina e prática**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

JÉZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Tomo II. Buenos Aires: Depalma, 1949.

JHERING, Rudolf Von; FERNANDEZ-CREHUET, Federico (Ed.). *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*. Madrid: Trotta, 2008.

JUSTEN, Mônica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Parecer sobre o cabimento de alteração do eixo geográfico de barragem em leilão de venda de energia**. Processo ANEEL nº 48500.005684/2008-97.

KELMAN, Jerson. **Desafios do regulador**. Rio de Janeiro: Synergia - CEE/FGV, 2009.

_____. (coord). Relatório da Comissão de Análise do Sistema Hidrotérmico de Energia Elétrica. Câmara de Gestão da crise de energia elétrica. Presidência da República, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Trad.: José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 6. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. **Jurisdição constitucional**. Martins Fontes: São Paulo, 2003.

LAUBADÈRE, André. *Droit Public Économique*. Paris : Précis Dalloz, 1974.

LARA, Diogo. **Temperamento forte e bipolaridade: dominando os altos e baixos do humor**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LE MESTRE, Renam. *Droit du service public*. Paris: Gualino editeur, 2003.

LEITE, Dias Antônio. **A energia do Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2. ed., 2007.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. São Paulo: RT, 1987.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito Civil e Direitos do Consumidor: Princípios. In: PFEIFFER, Roberto Augusto et al. (Orgs.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: Convergências e assimetrias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LOUREIRO, Luis Gustavo Kaercher. **Constituição, energia e setor elétrico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

MACHADO, Rubens Approbato. **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MASAGÃO, Mário. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: RT, 1977.

MARX, Karl. **O 18 Brumário e cartas a Kugelman**. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. **O Manifesto Comunista**. Tradução: Maria Lúcia Como. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Consulta formulada por Energia Sustentável do Brasil**. Processo ANEEL nº 48500.005684/2008-97.

MENEZES, Djacir. **Direito Administrativo Moderno**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1943.

MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA - **Plano Decenal de Expansão de Energia 2020**. Brasília: MME/EPE, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo IV - Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra, 1993.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. Campinas: Bookseller.

_____. **Tratado de Direito Privado - Parte Especial, Tomo XXVIII**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

MITCHELL, Wiliam C; SIMMONS, Randy T. **Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia**. Tradução: Jorge Ritter. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.

MORAES, Alexandre de (coord). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. 4. ed. Lisboa: Caminho, 1987

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Mutações nos Serviços Públicos. Direito do Estado: novos rumos**. Volume 1. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2001.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

NINO, Carlos Santiago. ***Introducción al análisis del derecho***. 8. ed. Barcelona: Ariel, 1997.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POSNER, Richard A. ***El análisis economico del derecho***. Tradução: Eduardo L. Suárez. México: Fonde Cultura Econômica, 1998.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

RODRIGUES, Adriano Pires; DIAS, Danilo de Souza. **Estado e energia elétrica: experiências internacionais de desregulamentação e o caso brasileiro**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

ROLIM, Maria João Pereira. **Direito econômico da energia elétrica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROEMER, Andrés. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de cultura económica, 2000.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SAMUELSON, Paul Anthony. **Introdução à análise econômica**. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1975.

SANTOS, Humberto Cunha dos. **A racionalidade econômica e os fundamentos de mercado na implementação de políticas públicas: análise do julgamento do racionamento de energia elétrica pelo Supremo Tribunal Federal**. Revista Imprensa da Advocacia-Geral da União, Ano IX, nº 23, jan/mar 2010.

SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Orgs.) **Políticas públicas**. Brasília: ENAP, 2006.

SMITH, Adam. **Uma investigação sobre a natureza e a causas da riqueza das nações**. São Paulo: Hemus, 2008. 29.

SOBREIRA, Rogério; RUEDIGER, Marco Aurélio. **Desenvolvimento e construção nacional: política econômica**. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo da Economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. 6. ed. São Paulo: LTR, 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 29 de novembro de 2010.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004.

SECRETARIA DE FISCALIZAÇÃO DE DESESTATIZAÇÃO. **Regulação de serviços públicos e controle externo**. Brasília: TCU, 2008.

TOLMASQUIM, Maurício Tiomno. **Novo modelo do setor elétrico**. Rio de Janeiro: Synergia; EPE: Brasília, 2011.

USERA, Raúl Canosa. *Interpretacion constitucional y formula política*. Madrid: Centro de Estudios constitucionales.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília: UnB, 1995.

WONNACOTT, Paul; WONNACOTT, Ronald. **Economia**. Tradução: Yeda Crusius e Carlos Crusius. São Paulo: McGraw-Hill, 1982.

ZYLBERSZTJAN, Decio e SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia - Análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

Artigos de jornais

ANEEL ainda não avalia mudança em Jirau. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, p. B2, 05 jul. 2008.

BRITO, Agnaldo. Batalha judicial ameaça hidrelétricas do Madeira. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, p. B7, 15 jul. 2008.

Disputa em torno de Jirau é indesejável, assegura ANEEL. **Zero Hora**, Economia, p. 1, 24 jul. 2008.

PAUL, Gustavo. Nova disputa paira sobre Jirau. **O Globo**, Economia, p. 21, 13 ago. 2008.

ROMERO, Cristiano. As lições de Jirau. **Valor econômico**, p. A2, 10 set. 2008.

SALOMON, Martha. Consórcio vencedor de Jirau admite rever local da usina. **Folha de S. Paulo**, p. B4, 08 ago. 2008.

SEVERO, Rivadavia. ANEEL nega recurso da Odebrecht e confirma vitória da Suez. **Gazeta Mercantil**, p. C8, 23 jul. 2008.